# Das Konzessions- u. Normativsystem bei der Aktiengesellschaft in der Schweiz

DISSERTATION
DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN
ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOKTORS
BEIDER RECHTE

vorgelegt von
WALTER BENZ
(von St. Gallen)

1929 — Buchdruckerei «Gutenberg», Lachen — Verlag

# Das Konzessions- u. Normativsystem bei der Aktiengesellschaft in der Schweiz

DISSERTATION
DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN
ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOKTORS
BEIDER RECHTE

vorgelegt von
WALTER BENZ
(von St. Gallen)

1929 — Buchdruckerei «Gutenberg», Lachen — Verlag

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

# INHALT

Einleitung.

§ 1. Die Systeme der Aktiengesellschafts-Bildung in der Schweiz.

Erster Abschnitt: DAS KONZESSIONSSYSTEM.

I. Kapitel. *Ursprung und Rechtsnatur der Staatsgenehmigung.*

§ 2. Historisches.

§ 3. Die rechtstheoretische Ableitung der Staatsgenehmigung.

§ 4. Die juristische Natur der Staatsgenehmigung.

II. Kapitel. *Die Nützlichkeitsfrage.*

§ 5. Aufgabe und Zweck der Aktiengesellschaft.

§ 6. Oekonomische Erwägungen.

III. Kapitel. *Der Genehmigungsakt.*

§ 7. Das Gesuch auf Erteilung der Staatsgenehmigung.

§ 8. Die Erteilung der Staatsgenehmigung.

IV. Kapitel. *Gesetzliche Normativ- und Organisationsbestimmungen.*

§ 9. Errichtung der Aktiengesellschaft.

§ 10. Organisation.

§ 11. Pflichten und Rechte der Aktionäre.

§ 12. Auflösung der Aktiengesellschaft.

Zweiter Abschnitt: DAS NORMATIVSYSTEM.

Einleitung.

§ 13. Begriff und Wesen des Normativsystems.

I. Kapitel. *Einfluß der Normativbestimmungen auf die Schaffung der rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft.*

§ 14. Schaffung der rechtlichen Grundlagen.

§ 15. Beschaffung der persönlichen Unterlagen.

§ 16. Beschaffung der sachlichen Unterlagen.

II. Kapitel. *Einfluß der Normativbestimmungen auf die Errichtung der Aktiengesellschaft.*

§ 17. Der Errichtungsakt.

§ 18. Die Anmeldungspflicht.

III. Kapitel. *Die Ueberprüfung der Gründungshergänge.*

§ 19. Die Kontrolle der Registerbehörde.

§ 20. Die Ueberprüfung durch den Richter.

§ 21. Die Haftung bei Nichtbeachtung von Normativbestimmungen.

Anhang.

§ 22. Die Normativvorschriften bei Kapitalerhöhungen.

# LITERATURVERZEICHNIS


*1. Amtliche Quellenmaterialien.*

a)

Aktensammlung, die Aktiengesellschaft betreffend, auf dem Staatsarchiv in Zürich.

Protokolle des genferischen Staatsrates, die Autorisation der Aktiengesellschaft betreffend, Table Décennale des Reg. du Conseil d'Etat 1808—1864 im Staatsarchiv Genf.

Kommissionsbericht zum Entwurf des Dekrets über A. Gs. vom 3. Dezember 1852, Mémorial des Séances du Grand Conseil, Jahrg. 1852, im Staatsarchiv Neuenburg.

Kommissionsbericht zum Entwurf des Gesetzes über A. Gs. vom 1. Dezember 1860, Tagblatt des Großen Rates des Kantons Bern, Jahrgang 1860, im Staatsarchiv Bern.

Schweiz. OR, Entwurf vom Dezember 1919 (Vorlage an das schweiz. Justiz- und Polizeidepartement).

Revisionsbericht zum Entwurf vom Dezember 1919.

Schweiz. OR, Entwurf vom Dezember 1923.

Revisionsbericht zu diesem Entwurf.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR vom 21. Februar 1928.

Schweiz. Bundesblatt, Jahrgang 1880, 1885, 1891, 1897, 1900, 1923.

b)

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 1854 und 1856.

Gesetz des Kantons Bern über A. Gs. vom 1. Dezember 1860.

Gesetz des Kantons Luzern über A. Gs. vom 3. März 1853.

Handelsgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 1. Juli 1850.

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kt. Solothurn vom 1. April 1848.

Gesetz des Kantons Basel über Kommandit- und A. Gs. vom 6. Dezember 1847.

Privatrechtl. Gesetzbuch für den Kt. Schaffhausen vom 1. September 1865.

Zivilgesetzbuch des Kantons Graubünden vom 1. September 1862.

Gesetz des Kantons Waadt über Gesellschaften vom 14. Dezember 1852.

Gesetz des Kts. Wallis über Gesellschaften vom 24. November 1853.

Gesetz des Kts. Neuenburg sur quelleques matières commerciales v. 3. Juni 1833.

Dekret des Kts. Neuenburg über A. Gs. vom 3. Dezember 1852.

Handelsgesetzbuch des Kts. Genf vom 1. Januar 1808.

Gesetz des Kts. Genf über Gesellschaften vom 2. November 1864.

Gesetz des Kts. Genf über Gesellschaften vom 29. August 1868, modifiziert durch Gesetz vom 13. Januar 1869.

Schweiz. Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Schweiz. Obligationenrecht vom 20. März 1911.

*2. Literatur.*

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart 1923.

Fick H., Kritische Uebersicht der schweiz. Handels- und Wechselgesetzgebung, Zürich 1862.
— Mitteilungen über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung betr. die Bildung von Handelsgesellschaften in ZHR., Bd. 13.
Fischer, Das Aktienrecht in Ehrenbergs Handb., III, 1, Leipzig 1916.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887.
— Deutsches Privatrecht, Bd. 1, in Bindings systemat. Handb., Leipzig 1895.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, Berlin 1868.
Goldmann, Kommentar zum deutschen HGB, Berlin 1901—06.
Hofer, Die Haftung der englischen Partnership. Diss. Zürich 1922.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1904.
Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes bis zum code de commerce, Berlin 1895.
— Das Recht der A. Gs., Bd. 1, 1898, Bd. 2, 1904, Berlin.
Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1913.
Munzinger, Motive zum Entwurf eines schweiz. Handelsrechtes, Bern 1865.
Mayer O., Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, in Bindings systematischem Handbuch, Leipzig 1895.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Berlin 1899.
Renaud, Das Recht der A. Gs., Leipzig 1875.
Rehfuß, Referat in Z. schw. R., Bd. 23, S. 507.
Siegmund, Handbuch für den schweiz. Handelsregisterführer, Basel 1892.
Silbernagel, Die Gründung der A. G., Berlin 1907.
Schneider und Fick, Kommentar zum OR., Zürich 1915.
Staub, Kommentar zum HGB., Berlin 1896.
Unger, Ist die Erteilung der jur. Persönlichkeit durch die Staatsgewalt Begründung oder Anerkennung nach römischem, gemeinem und preußischem Recht? Diss. Erlangen 1896.
v. Waldkirch, Referat in Z. schw. R., Bd. 23, S. 507.
Zimmermann, Die Jahresbilanz der A. G., Diss. Zürich 1912.

*Abkürzungen.*

| | | |
|---|---|---|
| A.-G. | = | Aktiengesellschaft. |
| GV. | = | Generalversammlung. |
| HGB. | = | Handelsgesetzbuch. |
| OR. | = | Schweiz. Obligationenrecht vom 20. März 1911. |
| ZGB. | = | Zivilgesetzbuch. |
| BBl. | = | Schweiz. Bundesblatt. |
| BGE. | = | Entscheidungen des Bundesgerichts. |
| HGE. | = | Entscheidungen des zürcher. Handelsgerichts. |
| RGE. | = | Entscheidungen des Reichsgerichts. |
| ZHR. | = | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. |
| Z. schw. R. | = | Zeitschrift für schweiz. Recht. |

# EINLEITUNG

## § 1.

## DIE SYSTEME DER AKTIENGESELLSCHAFTS-BILDUNG IN DER SCHWEIZ.

Schon im 13. Jahrhundert sind in der Schweiz die Zünfte zu Zwangsgemeinschaften geworden, die sich auch der politischen Macht bedienten, um ihre Ideale zu verwirklichen [1]). Die reichen Basler hatten schon in jener Zeit eine Art Handelstrusts gebildet, von denen weitreichende Einwirkungen auf den Handel ausgingen. Der Kanton Genf überbot sich wohl an Klugheit, indem er die Gründung jeglicher Handelsgesellschaft gestattete, sofern die Genfer dadurch nicht beschädigt wurden. Der Publikation dienten die Ragionenbücher, das erste von Genf im Jahre 1698 geschaffen und herausgewachsen aus dem Bedürfnis, die Oeffentlichkeit über die Verhältnisse der Gesellschaft aufzuklären. Die Entwicklung seit der französischen Revolution hat die Schweiz im gleichen Rahmen mitgemacht wie die übrigen Länder des Kontinents. Das Institut der A.-G. ist sehr spät bekannt geworden. Die rechtliche Freiheit zur Verpflanzung dieser Gesellschaftsform war zwar vorhanden, der Charakter der Schweizer aber zu konservativ, um derartigen Kapitalzusammenschlüssen Eingang zu verschaffen. Erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts, nachdem der erste Sturm, den sie im Auslande heraufbeschworen, schon mehr als hundert Jahre vorüber gewesen, tritt die A.-G. auch in der Schweiz hervor. Ihre Entwicklung ging Hand in Hand mit dem kantonalen Recht und um die Mitte des 19. Jahrhunderts haben die meisten Kantone das Recht der A.-G. in feste Normen gefaßt. — Die Gründung der A.-G. war nach drei verschiedenen Systemen geregelt, die nebeneinander die konkrete Rechtsordnung beherrschten. Wenige Stunden von einem Kanton entfernt, wo die Gesellschaft der staatlichen Genehmigung bedurfte,

[1]) Vgl. *H. Kobelt*, Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechtes in der Schweiz, insbes. in St. Gallen bis Ende des 18. Jahrhunderts. Diss. Bern 1916, auf dessen Darstellung wir besonders verweisen.

war die Entstehung des gleichen Unternehmens an leichter erfüllbare Formen geknüpft, bezw. erfuhr die Konzession, die an dem einen Ort verweigert wurde, im andern ihre Zubilligung. Die weitaus größte Bedeutung kommt sowohl mit Bezug auf die territoriale Ausdehnung als auch die juristische Eigenart des Instituts dem *Konzessionssystem* zu. Sein Wirkungskreis umschließt die Kantone Zürich, Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn, Basel, Schaffhausen, Aargau, Waadt, Wallis, Neuenburg (seit 1852) und Genf (bis 1864) [2]). Darnach besteht zwar eine teilweise Regelung des Aktiengesellschaftsrechtes, jedoch muß die Gesellschaft ihre Anerkennung im Rechtsverkehr durch eine besondere Konzession bei der Staatsbehörde erwirken. Diese entscheidet von Fall zu Fall über Gewährung und Abweisung. Nach dem bernischen Gesetz über A.-Gs. vom 1. Dez. 1860 ist die Gesellschaft auch nach der Genehmigung an staatliche Aufsicht gebunden. Die Anwendung des Konzessionssystems ist innerhalb seines Geltungsbereiches keineswegs eine gleichmäßige. Es gibt Kantone, die eine staatliche Genehmigung für A.-Gs. überhaupt verlangen, während andere dieses Erfordernis auf gewisse Unternehmungen dieser Art beschränken. Auch mit Bezug auf die zur Erteilung kompetenten Organe weichen die Partikulargesetze voneinander ab. In der überwiegenden Mehrzahl der Kantone ist der Exekutivgewalt das Recht vorbehalten, ohne die Volksvertretung und in den Formen der Verwaltungshandlungen die A.-G. ins Leben zu rufen. Am konsequentesten ist das Prinzip im bernischen Gesetz durchgeführt, wenn es in Art. 1 heißt:

> Gesellschaften, welche das zur Führung ihrer Geschäfte erforderliche Grundkapital durch Ausgeben von Aktien bilden, können, in Abweichung von den Vorschriften des Zivilgesetzbuches, mit Genehmigung des Staates rechtsgültig gebildet werden, daß für Verpflichtungen der Gesellschaft lediglich das Gesellschaftsvermögen haftet.

Die Genehmigung hat nach Art. 2 des gleichen Gesetzes der Regierungsrat zu vollziehen, «sofern es sich nicht um A.-Gs. handelt,

[2]) Für diejenigen Kantone, die unsere Darstellung nicht umfaßt, ist mit *Fick*, Mitteilungen über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung betr. die Bildung von Handelsgesellschaften ZHR., Bd. 13, S. 414, anzunehmen, daß mit Ausnahme von St. Gallen auf Grund von Gesetzen oder durch die Praxis Staatsgenehmigung zur Bildung von A.-Gs. notwendig war.

welche zu ihrem Geschäftsbetrieb die Einräumung solcher Befugnisse beanspruchen, zu deren Bewilligung nur der Große Rat kompetent ist». In den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Kantone Zürich (§ 22) und Solothurn (§ 1218), denen sich auch das luzernische Aktiengesetz vom 3. März 1853 anschließt, werden dagegen nur A.-Gs., die auf industrielle oder andere ökonomische Unternehmungen gerichtet sind, der obrigkeitlichen Bewilligung unterworfen (§ 1). In diesen Zusammenhang gehören auch die Handelskodifikationen der französischen Schweiz, wo die Handelsgesellschaft ein begriffswesentliches Merkmal der A.-G. darstellt. Erst das genferische Gesetz über Gesellschaften vom 12. März 1869 hat die Form der A.-G. auch auf Unternehmen anwendbar erklärt, deren Gegenstand nicht in Handelsgeschäften besteht (sog. Zivilaktiengesellschaften).

In den Kantonen Neuenburg und Graubünden, im ersteren schon sehr früh, hat sich eine Richtung durchgesetzt, die die Entstehung von A.-Gs. nicht vom Ermessen des Staatsbeamten abhängig macht. Es werden lediglich gewisse Formalitäten gefordert, die zu beachten sind, ehe die Gesellschaft in Wirksamkeit treten kann. Nach dem ZGB. des Kts. Graubünden vom 1. September 1862 haben sich A.-Gs. unter Benennung ihres Vorstandes öffentlich anzukündigen, widrigenfalls das Unternehmen in seinen Verhältnissen zu Dritten als einfache Gesellschaft erscheint (§ 448). — Die Privatautonomie für A.-Gs. im Kanton Neuenburg wird von *Calame* [3]) auf eine längst geltende, allgemeine Uebung zurückgeführt. Zur Entstehung genügt die notarielle Fertigung des Gründungsvertrages (loi sur quelleques matières commerciales vom 3. Juni 1833, Art. 18). Neben der Verpflichtung zur Eintragung in ein Register (Enregistrement), die alle Handelsgesellschaften umfaßt, ist der Notariatsakt die einzige Schranke, die das Gesetz im Interesse der Rechtssicherheit den Gründern auferlegt. Die Unterlassung des Eintrages hat aber entgegen der Vorschrift des bündnerischen Gesetzes nicht Solidarhaft der Mitglieder, sondern lediglich gerichtliche Maßregelung der Schuldigen und eine Geldbuße im Gefolge. Man kann dieses System das *Publizitätssystem* nennen.

Aus praktischen Erwägungen heraus hat der Kantonsrat im Herbst 1852 das Décret concernant les sociétés anonymes zum Gesetz

[3]) *Fick*, Krit. Uebersicht, S. 33.

erhoben, das als Ergänzung des Gesetzes vom 3. Juni 1833 in Art. 1 die Konzession für A.-G. proklamiert. Den Beratungen zum Entwurf ist zu entnehmen, daß der Systemwechsel vorwiegend schutzpolitischen Motiven entspringt [4]). Auf allen Seiten von Staaten umgeben, die für A.-Gs. obrigkeitliche Genehmigung verlangen, lag für den Kanton die Gefahr nahe, zur Zufluchtsstätte aller Schwindelgesellschaften zu werden, die in den Nachbarstaaten am Widerstand der Behörden scheiterten. Man vergegenwärtige sich nur, daß eine Gesellschaft, der im Kanton Waadt die Konzession verweigert wurde, sich in dem wenige Stunden entfernten Kanton Neuenburg ohne weiteres etablieren konnte. Unter diesen Umständen war es sehr wohl möglich, daß die Gesellschaft im Kanton Waadt dennoch die Mehrzahl der Aktien plaziert hatte, dort ihren Kredit suchte und ihre Geschäfte machte. Ging dann das Unternehmen fehl, so waren gerade die Angehörigen desjenigen Staates die Geschädigten, dessen Gesetzeskautelen ihnen Schutz gewähren wollten.

In der konsequenten Entwicklung des Gedankens zum Rechtsstaat hat der Kanton Genf im Jahre 1864 unter dem Einfluß der französischen Gesetzgebung die Staatsgenehmigung abgeschafft. Die Bevormundung der Gesellschaft wird zwar nicht gänzlich aufgehoben, jedoch auf ein Mindestmaß beschränkt, indem das Gesetz die Bedingungen, denen sich eine A.-G. unterwerfen muß, um als Rechtsperson in den Verkehr zu treten, fixiert. Das ist das System der *Normativbestimmungen*, welches im Jahre 1881 bei der Vereinheitlichung des Handelsrechtes in weiter Vervollkommnung vom OR angenommen wurde. Die wesentlichsten Grundzüge der aktienrechtlichen Gesetzgebung des Kantons Genf vom Jahre 1869 können in Kürze dahin gezeichnet werden:

1. Volle Oeffentlichkeit bei Errichtung und Tätigkeit der Gesellschaft.
2. Verbot der Gründung, bevor mindestens die Hälfte des Grundkapitals gezeichnet und 25 % auf jede Aktie einbezahlt wurden.
3. Maßnahmen gegen Ausbedingung ungerechter Gründervorteile.

[4]) Mémorial des Séances du Grand Conseil, 1852, S. 40. Staatsarchiv Neuenbg.

4. Strenge Haftung der Vorstandsmitglieder für Nachlässigkeiten und Schwindeleien.
5. Vorschriften über Berufung und Tätigkeit der GV.
6. Pflicht zur Ernennung von Revisoren, welche die Tätigkeit der Gesellschaft überwachen und selbst verantwortlich sind.
7. Pflicht regelmäßiger Rechnungsablegung.

Mit der einheitlichen Regelung des Aktienrechtes für die ganze Schweiz im Jahre 1881 fällt die Periode der partikularen Handelsgesetzgebung, der Dualismus auf dem Gebiet der A.-G.-Bildung. Das schweiz. OR. hat, den vorhandenen Rechtsstoff in seinem Umfange sicher beherrschend und ergänzend, einem System fester Normativbestimmungen Geltung verschafft. Damit war in diesem Punkte das letzte Wort gesprochen und die Möglichkeit beseitigt, daß A.-Gs., die wegen der Bedenklichkeit der von ihnen verfolgten Zwecke vergeblich versucht hatten, auf dem einen Wege zur juristischen Persönlichkeit zu gelangen, das Ziel doch noch auf einem anderen erlangten.

I. Abschnitt.

# Das Konzessionssystem

Erstes Kapitel.

## Ursprung und Rechtsnatur der Staatsgenehmigung.

§ 2.

### HISTORISCHES.

Die Entwicklung der Beziehungen zwischen der A.-G. und dem Staate geht auf das 17. und 18. Jahrhundert zurück, die Periode des sog. *Octrois* [1]). Unter dem Vorgange der Oktroyierung der Kompagnien ist der Akt zu verstehen, wodurch die Staatsgewalt die Kompagnie ins Leben rief. Der Inhalt der darüber ausgefertigten Urkunde, octroi, beruhte aber nicht auf einheitlicher Rechtsgrundlage. Es kommen für die staatliche Genehmigung der Kompagnie mehrere Gesichtspunkte in Betracht.

Die erste Bedeutung der Oktroyierung ist die *Inkorporierung*. Die Rechtspersönlichkeit konnte für eine Personengesamtheit nach der damaligen Auffassung nur durch einen staatlichen Akt geschaffen werden. Der octroi stellte eine *lex specialis* dar, die sich auf dem Gebiet des Privatrechtes bewegt. Die weitere Bedeutung des octroi ist die *Genehmigung des Gewerbebetriebes* durch den Staat. Diese Privilegierung fällt demnach unter das öffentliche Recht. Außerdem wurde den Kompagnien eine ganze Reihe von *Hoheitsrechten* zuge-

[1]) *Lehmann*, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes, S. 58 f.
*Gierke*, Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 100 f.
*Renaud*, S. 360, 375 f.

standen. Sie durften Handelsverträge und Bündnisse schließen, sogar Krieg führen. Für derartige Unternehmungen kam in der Folge der Name «Aktiengesellschaft» auf. Die Regierungen begünstigten diese Zusammenschlüsse, erteilten ihnen wichtige Privilegien und wußten dabei ihren Vorteil zu wahren, indem sie oft bedeutende Summen bei der Erteilung der Privilegien sich auszahlen ließen. So mußte z. B. die im Jahre 1717 errichtete französische Compagnie d'occident nicht nur ihren ganzen Aktienfond von 100 Millionen Franken in den Königlichen Schatz zahlen, sondern auch, wie ihre Privilegien erweitert wurden, 1600 Livres Kronschulden übernehmen [2]). Mit der Erteilung des octrois hatte sich der Staat der obrigkeitlichen Kontrolle versichert und zugleich tief eingreifend das innere Wesen der A.-G. geregelt. Nebst dem Schutzzweck war diese weitgehende Kontrolle aus der damaligen Auffassung von der bevormundenden Stellung des Staates gegenüber den Korporationen herausgewachsen, dann aber auch im Hinblick auf die großen öffentlich rechtlichen Zwecke der Kompagnien.

Unter dem Einfluß der englischen Associationsfreiheit bildeten sich neben den privilegierten Gesellschaften eine große Anzahl kleiner A.-Gs. und gaben Veranlassung zu dem Aktienhandel, der zu Anfang des 19. Jahrhunderts seine verderblichen Blüten trieb. Vorzugsweise in England und Frankreich riß ein förmlicher Schwindel mit derartigen Unternehmen ein. Man lockte durch kleine Einschüsse und verhieß sicheren und hohen Gewinn. Die Gründer zogen aber ihren Nutzen davon, dadurch, daß sie die Preise der Aktien in die Höhe trieben und sich große Prämien zahlen ließen von solchen, die sich noch an der Gesellschaft beteiligen wollten. Nachdem auf diese Weise große Summen eingebüßt wurden, nahm die Gesetzgebung von England endlich den Kampf gegen die «Seifenblasen» (bubbles) auf und untersagte diesen Handel einer großen Zahl von Personen, wenn sie nicht durch königliches Charter oder Parlamentsacte dazu ausdrücklich autorisiert worden waren. (Bubble-Acte vom 18. Aug. 1720). Auch in Frankreich wurde seit dem ersten Viertel des 18. Jahrhunderts die Abhängigkeit der neuen Gesellschaftsform von der Staatsregierung besiegelt. Die Weiterentwicklung in diesem Lande ließ die kapitalistische Natur der A.-G. schärfer hervortreten, die

[2]) *Pöhl*, Das Recht der A. G., S. 6, Anm. 11.

staatliche Autorisation dagegen blieb unerläßlich. Seine endgültige Machtstellung errang das Konzessionssystem durch die Aufnahme der Staatsgenehmigung in den Code de commerce, der erstmals die A.-G. in feste Normen gefaßt hat und fast der ganzen kontinentalen Gesetzgebung und vielen schweizerischen Kantonen zum Vorbild diente.

## § 3.

## DIE RECHTSTHEORETISCHE ABLEITUNG DER STAATSGENEHMIGUNG.

I. Der abstrakte Begriff der Verbandsperson war dem deutschen Recht ursprünglich fremd. Erst im späteren Mittelalter verdichteten sich die deutschen Genossenschaften mehr und mehr zu Körperschaften [1]). Im Unterschied von der juristischen Person des römischen Rechtes waren die deutschen Körperschaften stets mit einer publizistischen Rechtssphäre verknüpft, sie hatten wichtige öffentlich rechtliche Funktionen. Je mehr aber die philosophische Staatslehre sich mit dem antiken Staatsgedanken erfüllte und dem Souveränitätsbegriff die Auffassung der Staatsgewalt als der umfassenden Allgewalt zugrunde legte, umso mehr wurden die Korporationen als obrigkeitliche Institutionen zur Verwirklichung der Staatsgewalt aufgefaßt [2]).

Diese Auffassung führte dazu, die Vereine erst auf Grund einer ihnen von der Staatsgewalt *verliehenen* und zwar fingierten Persönlichkeit als Rechtsträger erstehen zu lassen. Man scheute sich nicht, sogar Sätze des römischen Rechtes in diesem Sinne umzudeuten. Die besondere staatliche Mitwirkung wurde auch dann noch gefordert, als sich auf Grund der deutschrechtlichen Forschungen die altdeutsche Auffassung von der Verbandsperson als einer gleich dem Staate aus freier Association stammendes und für sich bestehendes,

[1]) *Gierke*, Jur. Personen (in Holtzendorfs Rechtslexikon, S. 419).
[2]) *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 458; *Unger*, S. 25.

soziales Lebewesen enthüllte. Erst mit der Entwicklung der Idee des modernen Rechtsstaates begann sich die unter der Herrschaft des Polizeistaates entstandene Lehre in ihren Grundfesten zu lockern. Aber der Umschwung zur freien Körperschaftsbildung kam nur allmählich und noch heute ist in Theorie und Praxis der Gedanke der staatlichen Mitwirkung bei der Entstehung selbständiger Verbandsorganismen nicht überwunden [3]).

Die staatliche Mitwirkung versteht man aber heute in einem ganz anderen Sinn als früher. Die grundverschiedenen Anschauungen, von denen der moderne Rechtsstaat gegenüber dem alten Polizeistaat ausgeht, führte auch in der Lehre von den Korporationen zu anderen Konsequenzen. Die Anhänger der Fiktionstheorie fordern den staatlichen Akt gemäß ihrer begrifflichen Auffassung von der juristischen Person als eines nur fingierten, künstlich geschaffenen Willensträgers, weil eine solche Fiktion nur vom Staate vorgenommen werden könne [4]). Nichtanhänger der staatlichen Fiktionstheorie fordern vielfach staatliche Genehmigung für die Korporation, damit sie als selbständiger Willensträger im Rechtsleben gelten könne, nicht aber zur Schaffung ihrer Rechtspersönlichkeit als solcher [5]). Karlowa [6]) leitet die Notwendigkeit eines staatlichen Aktes bei der Entstehung sozialer Organismen daraus her, daß die in der Vereinsgründung sich betätigende Autonomie, wie jede Autonomie im Staate, unter seiner Kontrolle ausgeübt werden müsse.

Jedenfalls wird die staatliche Mitwirkung von den Modernen nicht mehr um dessetwillen gefordert, damit durch dieselbe der Verein werde, sondern weil er durch den autonomen Beschluß der Gründer schon eine Rechtspersönlichkeit geworden ist. Es handelt sich also nicht um einen Konstitutivakt, sondern um einen solchen deklaratorischen Charakters. Diese *autoritative Konstatierung* der juristischen Persönlichkeit ist der Standpunkt, der heute noch von denen vertreten wird, welche an dem Prinzip einer notwendigen

[3]) *Savigny*, System des heutigen römischen Rechtes, Bd. 2, S. 285 f. *Mauerbrecher*, Lehrbuch des deutschen Privatrechtes, § 160.

[4]) *Thöl*, Handelsrecht, § 150; *v. Roth*, Deutsches Privatrecht, § 160.

[5]) *Wächter*, Pandekten, Bd. 4, § 54; *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechtes, § 49.

[6]) Zur Lehre von den juristischen Personen (in Grünhuts Zeitschr. für Privat- und öffentliches Recht, B. 15, S. 418).

Staatsautorisation festhalten. Schließlich sei noch erwähnt, daß auch die Ableitung der Persönlichkeit eines Verbandes aus einem allgemeinen Rechtssatz Rechtslehrer, wie *Gierke* [7]) nicht hindert, eine staatliche Mitwirkung zuzulassen. Sie erblicken in derselben ein geeignetes Mittel, das Vorhandensein eines mit eigener Rechtssubjektivität bekleideten Vermögensganzen außer Zweifel zu stellen. Die staatliche Mitwirkung ist für sie ein aus Nützlichkeitserwägungen hervorgegangener Akt, der die Würdigkeit der Korporation konstatiert.

II. In der *positiven* Gesetzgebung ist der Standpunkt des Gesetzgebers in Bezug auf die Herleitung der Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung nicht immer aus dem Gesetzestext und aus den Motivenberichten klar zu entnehmen. Wenn Art. 1 des bernischen Gesetzes bestimmt, daß A.-Gs. nur mit Genehmigung des Staates rechtsgültig gebildet werden können, so ist anzunehmen, daß der Staat diese Art Rechtsbildung immer erst speziell bewilligen, über die Rechtssubjektivität von Fall zu Fall entscheiden will. Die staatliche Mitwirkung ist hier offenbar als rechtsschöpferische Tätigkeit gedacht; die Gesellschaft nicht eher als vom Zeitpunkt der Erteilung der nachgesuchten Genehmigung entstanden. Es finden sich aber auch andere Varianten. Der Staat läßt zwar den rechtsverbindlichen Willen der Gründer mit Bezug auf die Entstehung der A.-G. zu, behält sich aber vor, durch Verwaltungsmaßregeln den äußersten Konsequenzen der Rechtsbildung vorzugreifen. In diesem Sinne sind die einschlägigen Normen der meisten kantonalen Kodifikationen aufzufassen. Es sei nur die Vorschrift des privatrechtlichen Gesetzbuches von Zürich erwähnt, dessen § 22 lautet:

> Aktienverbindungen, welche auf industrielle oder andere ökonomische Unternehmungen gerichtet sind, bedürfen zu ihrer Errichtung der Genehmigung des Regierungsrates.

Der Staat zieht durch Verwaltungsmaßregeln die äußersten Konsequenzen über die bestehende Rechtsordnung hinaus. Das ist vom Standpunkt der Rechtsphilosophie als Folge davon zu werten, daß der Rechtsorganismus dieses Staates von seinem Verwaltungsorganismus noch nicht völlig gelöst ist, daß der letztere auf den ersteren einen gewissen Einfluß hat. Solange man die objektive Rechtsord-

[7]) Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 650.

nung mit der staatlichen Genehmigung verwechselt, hebt man in diesem Falle allerdings mit Recht hervor, die verlangte Mitwirkung des Staates sei nicht identisch mit der *polizeilichen Genehmigung*. Hält man aber schon den ersteren Unterschied fest, dann ist die obrigkeitliche Tätigkeit gleich der genehmigenden Verwaltungsmaßnahme. Die staatliche Exekutive resp. die von ihr mit der Wahrnehmung der diesbezüglichen Funktionen betrauten Organe untersuchen lediglich, ob in concreto die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für eine A.-G. vorliegen. Ist dies der Fall, so erwirbt das fragliche Gebilde nicht erst die juristische Persönlichkeit, sondern es ist eine solche ohne weiteres schon seit dem autonomen Beschluß der Gründer. Dieser Charakter des staatlichen Anspruches ist auch dann noch festzuhalten, wenn der A.-G. mit der staatlichen Genehmigung zugleich noch gewisse *Privilegien* zuteil werden sollten, die sie vorher noch nicht gehabt hatte. Für diese Vorrechte, die als ein Zusatz aufzufassen sind, liegt dann allerdings eine staatliche Kreation vor. Sie erweitern aber doch nur die Machtsphäre eines schon vorhandenen sozialen Willensträgers und sind daher nicht im Stande, auf die rechtliche Natur desjenigen irgendwie einzuwirken, was sonst in dem staatlichen Zutun gelegen ist [8]).

## § 4.

## DIE JURISTISCHE NATUR DER STAATSGENEHMIGUNG.

I. Die eigentümliche Natur der Staatsgenehmigung läßt sich erst dann verstehen, wenn man sich klar macht, daß die Entstehung aller modernen Kapitalgenossenschaften noch ein wesentliches öffentlich-rechtliches Element enthält. Ihre Konstituierung gewinnt über das Privatrecht hinausgehende, sozialrechtliche Bedeutung [1]). Seinen

[8]) *Unger*, S. 41; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 119, Deutsches Privatrecht, § 72, No. 19.

[1]) *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 139.

Ausdruck findet dieses öffentlich-rechtliche Verhältnis in der *Konzession.* In gewissen Kantonen ist eine weise Mäßigung in der Handhabung der Konzessionierung zu konstatieren, indem sie sich auf den Standpunkt stellen, daß eine A.-G. nicht verweigert werden könne, wenn ihr Zweck nicht gegen die guten Sitten und die Landesgesetzgebung verstoße [2]). Ein Anspruch auf Genehmigung besteht trotzdem nicht, letztere ist vielmehr ein *Ermessensakt* der Behörde.

Das eigentliche polizeimäßige Konzessionssystem stellt eine staatliche *Zulassungs-* und *Ueberwachungsmaßregel* dar. Sie ist ein Ausfluß aus dem Hoheitsrechte des Staates, der sich das Recht, verbandsmäßige Kapitalzusammenschlüsse ins Leben treten zu lassen, wegen der vielen daran beteiligten öffentlichen Interessen vorbehält. Die Hoheitsrechte oder materiellen Regierungsrechte des Staates bestehen, wie überhaupt jedes Recht, in einer Beschränkung der Freiheit der im Staate existierenden Personen (physische und juristische) und haben einen verschiedenen Inhalt, je nach dem Gegenstand, auf den sie sich beziehen und nach der Richtung, in welcher sie wirken. So begreift die Justizhoheit das Recht des Staates gegen die Bürger auf Erhaltung der bestehenden Rechtsordnung und Unterwerfung der einzelnen Glieder in ihren Streitigkeiten unter die Ansprüche seiner Gerichte. So ist die Finanzhoheit der Inbegriff der Rechte des Staates zur Herbeischaffung der zur Erreichung des Staatszweckes nötigen Geldmittel etc. Unter der Polizeihoheit wird eine Reihe der verschiedensten Rechte des Staates zusammengefaßt, die alle das Gemeinsame haben, daß sie zur Erhaltung der Gemeinordnung und zur Förderung des Gemeinwohls den Individuen gewisse Beschränkungen auferlegen, ihnen positive Leistungen oder bloße Unterlassungen gebietend [3]). Diese Hoheitsrechte werden durch verschiedene Behörden ausgeübt: durch die Justizbehörde das Recht auf Erhaltung der Rechtsordnung und Entscheidung der Streitigkeiten der Bürger über ihre Privatrechte, durch die Finanzbehörden das Recht auf Erhebung der Steuern etc., durch die Polizeibehörden das Recht auf die zur

[2]) Zürich, § 22, Solothurn, § 1218.

[3]) Das Wort Polizei wird hier nicht in der engern Bedeutung wie *Zimmermann,* (Wesen, Geschichte, charakteristische Tätigkeiten der modernen Polizei, Hannover 1852, §§ 2 und 3) gebraucht, sondern in der weitern gleich Verwaltung mit Ausschluß des Finanzwesens. Siehe *Zimmermann,* § 5. Vgl. ferner *Georg Meyer,* Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, S. 25 f.

Erhaltung der Gemeinordnung und Förderung des Gemeinwohls auferlegten Beschränkungen. Diese Behörden, die einander koordiniert sind und unabhängig voneinander ihre Funktionen ausüben, sind somit alle im weiteren Sinne Verwaltungsbehörden, eine Benennung, die man im 19. Jahrhundert auf die Polizei- und Finanzbehörden beschränkt [4]).

Die polizeilichen Akte sind *Gebote* und *Verbote* oder *Erlaubnis*erteilungen [5]). Letztere auch Konzessionen genannt, sind nicht Verordnungen, sondern polizeiliche Verfügungen, die entweder in das Ermessen des erteilenden Organes gestellt oder so geregelt sind, daß die Verweigerung nur aus gesetzlich bestimmten Gründen erfolgen darf. Durch die Konzession, die nur an individuell bestimmte Personen erteilt werden kann, erwirbt der Konzessionierte ein subjektives Recht zur Ausübung der betreffenden Tätigkeit [6]). Bei den juristischen Personen verfolgt die rechtsbegründende Verwaltungstätigkeit nicht bloß den Zweck, ihnen gewisse Eigenschaften und Befugnisse beizulegen, sondern dient auch dazu, das Rechtssubjekt selbst zu schaffen. Der Verein wird Korporation durch einen rechtsbegründenden Verwaltungsakt. Wie die Verwaltung ein derartiges Rechtssubjekt schaffen kann, so besitzt sie auch unter gewissen Voraussetzungen die Befugnis, dasselbe zu vernichten, die Korporation aufzulösen. Und gerade diese Macht verleiht der Verwaltung weitgehende Ueberwachungsbefugnisse, die den eigentlichen tiefsten Grund des staatlichen Eingriffs in das Leben der A.-G. abgeben dürften: einen *Utilitätsgrund*. Auf die *Nützlichkeitsfrage* ist im folgenden Kapitel noch etwas näher einzutreten.

II. Die dem Organismus der A.-G. erteilte Sanktion geschieht um der Gesellschaftsform willen und bezieht sich auf die Statuten. Sie ist nicht zu verwechseln mit der *Betriebskonzession*, deren die Gesellschaft unter Umständen bedarf. Diese begreift das Unternehmen als solches. Es ließe sich sehr wohl denken, daß sich eine zukünftige A.-G. Zwecke vorsetzt, wozu eine solche Betriebskonzession von Seiten des Staates erforderlich ist. Der häufigste Fall war die Eisenbahnkonzession. Nun kann die Konzessionierung des Unter-

---

[4]) *Zimmermann*, Die deutsche Polizei im 19. Jahrhundert, Bd. 1, S. 214.
[5]) *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 81;
*Thoma*, Polizeibefehl, Bd. 1, S. 51.
[6]) *Otto Mayer*, S. 88; *Jellinek*, Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 110.

nehmens dem Akte, welcher nach Vorschrift der Gesetze die Gesellschaft ins Leben ruft, vorangehen oder mit demselben zusammenfallen oder ihm nachfolgen. Das letztere wird sich selten ereignen; denn die Staatsbehörde kann nicht wohl eine A.-G. gutheißen, bevor der Zweck, den sie im Auge hat, die als Bedingung vorgeschriebene staatliche Anerkennung gefunden hat. Ausgeschlossen ist indessen diese Möglichkeit nicht. Sie kann z. B. eintreten, wenn der Konzession des Unternehmens nur noch Formschwierigkeiten entgegenstehen, deren Beseitigung keinem begründeten Bedenken unterliegt. Die Regel werden aber allerdings der erste und zweite Fall bilden. Eisenbahnen wurden z. B. meist konzessioniert, bevor noch die A.-G. konstituiert und vom Staate genehmigt worden war [7]). Bei anderen Gesellschaften lag eine Veranlassung, die beiden Akte der Zeit nach zu trennen, gar nicht vor.

In allen diesen Fällen verhalten sich die aus der Konzession des Unternehmens entspringenden Rechtsverhältnisse zu denjenigen, welche im Organismus der A.-G. und der ihr erteilten Sanktion begründet sind, unabhängig. Die Konzession des Unternehmens ist ihrer Natur nach übertragbar. Sie geht, wenn die Aktionäre einverstanden sind, von einem Einzelnen oder einem Gründungskomitee auf die von ihnen errichtete Gesellschaft über. Die Konzession der A.-G. dagegen ist an die bestimmte Gesellschaft gebunden, welcher sie zuteil wurde; jene kann eine Verpflichtung des Konzessionärs in sich schließen (wie bei Eisenbahnen), die Konstituierung der A.-G. aber bleibt fakultativ auch nach erfolgter Genehmigung. Die Staatsbehörde legt den Gründern in dieser Beziehung keine Verpflichtung auf, sondern *ermächtigt* sie bloß, das Unternehmen in der Form der A.-G. zu betreiben. Sie läßt ihnen immer noch die freie Wahl, ob sie von dieser Ermächtigung Gebrauch machen wollen oder nicht, ein Umstand, der namentlich bei bedingt erteilter Genehmigung von großer Bedeutung ist.

[7]) Vor dem schweiz. Eisenbahngesetz von 1872 war die Konzessionserteilung Sache der Kantone.

Zweites Kapitel.

# Die Nützlichkeitsfrage.

## § 5.

## AUFGABE UND ZWECK DER AKTIENGESELLSCHAFT.

Wenn man die geschichtliche Entwicklung verfolgt, so bemerkt man, daß die A.-Gs. von Anfang an den großen, kapitalistischen Unternehmungen dienten. Ihre Fortbildung geht im Anfang parallel mit der des großen Handels. Sobald der Mangel an großen Kapitalien fühlbar wurde, drängte es zur Kapitalkonzentration in der Form der A.-Gs. Diese Gesellschaften waren die Vorläufer der kapitalistischen Produktion und geben ihr jetzt ihr vornehmstes Gepräge. Weit mehr als zur Verstärkung der Kapitalskraft dient die A.-G. zur *Aufsammlung* der Kapitalien; hiezu ist sie ganz besonders geeignet. Für die Schweiz spielt sie in Gegenden mit intensiver, wirtschaftlicher Tätigkeit eine bedeutende Rolle. Man zählte beispielsweise im Kt. Zürich Ende der 70er Jahre des verflossenen Jahrhunderts annähernd 250, im Kt. Genf am 29. August 1868 130 [1]) und im Kt. Basel-Stadt am 30. Mai 1879 40 A.-Gs. [2]). Am 31. Dezember 1928 betrug die Zahl der A.-Gs. in der Schweiz 11,559 mit einem nominellen Kapital von 7032,9 Millionen Franken. Nicht weniger als 264,3 Millionen Franken oder 71,9 % des neugegründeten und 158,2 Millionen Fr. oder 35,6 % des durch Erhöhung hinzugekommenen Kapitals fällt auf die Trust- und Holding-Gesellschaften. Die Durchschnittsdividende der schweiz. A.-Gs. belief sich auf 7,2 % im Jahre 1927.

[1]) Die Zahlen sind eigene Erhebungen auf Grund des genannten Materials in den Staatsarchiven.

[2]) Diese Angabe konnte dem Dossier «Aktiengesellschaften» auf dem Staatsarchiv entnommen werden.

Auf fast allen Gebieten des Erwerbslebens ist diese Unternehmungsform aufgetaucht. Sie hat sich nicht nur auf die gewerbliche Produktion beschränkt, sondern auch in der Landwirtschaft Eingang gefunden [3]). Als besonders geeignete Gebiete dürfen angesprochen werden: Das Verkehrswesen, (insbes. Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen), große Geld- und Kreditinstitute, Versicherungsanstalten, Beleuchtungsunternehmungen, Gesellschaften zur Ausnützung eines Monopols und mit großem Risiko verbundene Privatunternehmungen.

Durch die mäßige Größe des einzelnen Anteils, der Aktie, ist es möglich, einen großen Kreis von Personen heranzuziehen. Da kein Aktionär über seinen Aktienanteil hinaus haftet, ist seine Verlustgefahr auf diesen Vermögensteil beschränkt. Die Aussicht, auch mit kleiner Vermögenseinlage an großen Gewinnen teilnehmen zu können, wirkt verlockend auch für die kleinen Sparer. Die Gefahr des Kapitalverlustes erscheint umso geringer, als die Aktie in der Regel börsengängig ist und jederzeit einen Käufer findet.

Außer der Entwicklung des Großbetriebes, welcher dieser Gesellschaftsform in erster Reihe zu verdanken ist, hat sie den volkswirtschaftlichen Vorteil, sonst brachliegende Kapitalteile der Produktion zuzuführen und einer Konzentrierung des Ertrages in wenigen Händen entgegenzuwirken [4]). Die Ausbildung des Eisenbahnnetzes und der modernen Verkehrsmittel ist zum großen Teil der A.-G. zu verdanken und wäre auch in der Schweiz bei der Kapitalintensität dieser Betriebe sonst kaum in diesem Grade verwirklicht worden [5]). Diese charakterisierten Vorzüge sind so bedeutend, daß die Form der A.-G. aus der heutigen Wirtschaft nicht mehr wegzudenken ist. Die A.-G. birgt aber auch Gefahren in sich, die auf ein Minimum zu beschränken Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sein muß.

---

[3]) Vgl. *Munzinger*, Motive, S. 162.

[4]) *Conrad*, Polit. Oekonomie, Bd. 1, S. 262.

[5]) *Vollmar*, Eisenbahnwesen in Reichesberg; Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft.

## § 6.

## OEKONOMISCHE ERWÄGUNGEN.

I. Der Hauptgrund, weshalb man die Einholung der Staatsgenehmigung bei der Aktiengesellschaft für erforderlich hielt, war weniger juristischer als *ökonomischer* Natur, beziehungsweise ein *Opportunitätsgrund:* es galt den mannigfaltigen volks- und privatwirtschaftlichen Gefahren, die die Gründung der A.-G. mit sich bringt, zu steuern. Ein Schutz gegen die Errichtung betrügerisch aussichtsloser Unternehmungen, die Uebervorteilung der wirtschaftlich schwächeren Elemente und insbesonders der Gläubiger sollte dadurch erreicht werden, daß der Staat die Gründung von einer vorgängigen Prüfung abhängig macht. Es frägt sich allerdings, ob durch diese Prüfung von Seiten der Staatsbehörde der Genehmigung der Charakter einer Garantieübernahme für die Zweckmäßigkeit und Rechtsbeständigkeit der Gesellschaft zukommt, in der Art, daß man sich, wenn letztere bestritten würden, gegebenenfalls darauf berufen könnte. Dies ist jedoch zu verneinen. Die Staatsgenehmigung bietet weder eine tatsächliche noch rechtsgültige Gewähr für die Güte und Zweckmäßigkeit der ins Leben tretenden Gesellschaft. Und darin liegt die Gefahr des Konzessionssystems. Es ist geeignet, im Publikum leicht eine Täuschung hinsichtlich der materiellen Unterlagen des Unternehmens und der Eigenschaften der an der Spitze stehenden Personen zu erwecken. So sagt *Munzinger* in seinen Motiven, S. 116: «Es (das Publikum) bildet sich ein, die Behörde habe das Unternehmen nach allen Seiten hin geprüft, prüft selbst nicht mehr und dann kommt die Reue. Es wäre oft schon besser gewesen, die Presse und das Urteil der Masse hätten das letzte Wort gehabt, statt die Regierung.»

II. Diese Erwägung hat neben dem modernen Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit für das Normativsystem entschieden und dasselbe zum beherrschenden erhoben. In der Nachkriegszeit haben allerdings einige Staaten, sicherlich nur für die Uebergangszeit, neuerdings zum Konzessionssystem gegriffen. Aus der Erwägung heraus, daß die Handels- und Zahlungsbilanz eines Landes für die Abtragung seiner Kriegsschulden von entscheidender Bedeutung sei und auf dem Wege über Neugründungen und Umgestaltung der großen

Handelsgesellschaften in einem gewissen Grade beeinflußt werden könne, hat *Italien* durch königliches Dekret vom 11. März 1926 das Normativsystem abgeschafft. Die Regierung ist ermächtigt worden, auf eine im Verordnungswege festzusetzende Zeitdauer die Neugründungen von A.-Gs. mit einem Kapital von mehr als fünf Millionen Lire oder Kapitalserhöhungen über diesen Betrag hinaus von einer ministeriellen Bewilligung abhängig zu machen. Die Bewilligung ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Kapitalserhöhung nicht mehr als ein Viertel des bisherigen Aktienkapitals beträgt, und seit der Gründung oder ersten Kapitalserhöhung zwei Jahre verflossen sind. Die Verweigerung der ministeriellen Bewilligung, heißt es, sei nur dann zulässig, «wenn die Errichtung der Gesellschaft oder die Kapitalserhöhung den Bedingungen des Finanzmarktes nicht günstig wären». Auch *Deutschland* hat mit Verordnung vom 2. November 1917 für die Errichtung von A.-Gs., wenn das Grundkapital mehr als 300,000 Mark beträgt, das Erfordernis staatlicher Genehmigung eingeführt. Die Verordnung gilt, bis «der Bundesrat bestimmt, wann sie außer Kraft tritt». Sie wurde mit der Begründung erlassen, «um das vorhandene, für alle zu erwartenden Ansprüche unzulängliche Kapital pfleglich zu behandeln und nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen zu verteilen». Die gleiche Ueberlegung veranlaßte die *österreichischen Nachfolgestaaten*, das Konzessionssystem beizubehalten, «solange die Verhältnisse noch nicht geklärt seien», wie die Vertreter aller großen Wirtschaftsorganisationen auf der Konferenz im Herbst 1925 in Wien sich ausdrückten. Auch *Rußland* hatte das Konzessionssystem vorübergehend angenommen, jedoch durch Gesetz vom 17. August 1927 das Normativsystem unter gewissen gesetzlichen Beschränkungen wieder eingeführt.

Durch diese rückläufige Bewegung, einer der Rückschläge, wie sie der Weltkrieg auch auf vielen anderen Gebieten gebracht hat, sind diese Staaten zu einem bereits überwundenen Entwicklungsstadium auf dem Gebiet des Aktienrechtes zurückgekehrt, das auch in der Schweiz den Ausgangspunkt der Aktiengesetzgebung kennzeichnet. Auf dieses Frühstadium der Entwicklung in der Schweiz ist nunmehr näher einzutreten.

Drittes Kapitel.

# Der Genehmigungsakt[1]

## § 7.

## DAS GESUCH.

I. Die zur Entstehung der A.-G. erforderliche Bewilligung von Seiten des Staates setzt ein *schriftliches Gesuch* um Erteilung voraus, welches von den Gründern eingereicht werden kann, von den durch die konstituierende GV gewählten ersten Organen oder sonst von der Zeichnerversammlung beauftragten Personen. Das Gesuch hat Zweck, Mittel, Namen und Organisation der Gesellschaft anzugeben und ist an diejenige Behörde zu richten, die befugt ist, die Autorisation zu erteilen. Es sind diejenigen Schriftstücke beizulegen, die für das Zustandekommen der Gesellschaft von Belang sind. In der Regel sind beizulegen: die Statuten oder der Entwurf, ein Verzeichnis der Aktionäre und der von denselben übernommenen Aktien, sowie allfällige Wünsche der Gesellschaft betr. Unterstellung unter die Oberaufsicht der Handelskammer, die Beeidigung des Direktors durch dieselbe [2]) etc. Mit Bezug auf die Tatsache der Zeichnung können es die Zeichnungsscheine selbst sein, Beurkundungen anderer

[1]) Aus dem Inhalt der kantonalen Gesetze und der Archive Genf, Bern und Zürich haben wir versucht, die verwaltungsrechtliche Seite der A.-G., den staatlichen Genehmigungsakt als solchen, in diesem Zusammenhang zur Darstellung zu bringen. Die Praxis der kant. Verwaltungsbehörden ist das Gebiet, das uns, wenn auch unter Schwierigkeiten, einen Teil des Materials geboten hat. Wir möchten nicht versäumen, darauf hinzuweisen, daß wir keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben wollen, da es uns einmal unmöglich war, unsere archivalische Tätigkeit noch weiter auszudehnen und da andererseits anzunehmen ist, daß die genannten Kantone auf dem Gebiet des Aktienrechtes bahnbrechend und maßgebend waren, so daß die Regelung in den andern schweiz. Gebieten im Wesentlichen die gleiche war.

[2]) Akten der Seidentrocknungsanstalt Zürich 1847, Staatsarchiv.

Personen oder eigene Erklärungen [3]). Die Art der Vorlegung ist nicht eine Versicherung, daß die vorgelegten Urkunden die Eigenschaft als Belege der Erfüllung der materiellen Erfordernisse beanspruchen, sondern lediglich ein bloßes Darreichen von Schriftstücken ohne Meinungsäußerung der Gesuchsteller. — Es liegt in der Natur der Sache, daß die Satzungen der Gesellschaft der Behörde schriftlich vorzulegen sind. Darin stimmt aber nur ein kleiner Teil der Partikuargesetze überein. Die Mehrzahl verlangt aus Gründen einer möglichst sichern Feststellung der Bedingungen eine Beweisurkunde [4]). Ueber die Folgen bei Nichtbeachtung dieser Form enthalten die Gesetze von Bern und Basel keine Vorschrift. Die Handelskodifikationen der Westschweiz dagegen verfügen die absolute Nichtigkeit einer solchen Gesellschaft.

Dem bernischen Gesetz zufolge hat der Einreichung des Gesuches ein sog. *Einspruchsverfahren* (Assimilationsverfahren) vorauszugehen, durch welches jedermann die Gelegenheit geboten wird, Einwendungen gegen die Errichtung der Gesellschaft in bestimmter Frist anzubringen (Art. 3).

II. Auf Grund dieser Bescheinigung macht die Staatsbehörde die Feststellungen, die nötig sind, damit die Gesellschaft im Rechtsverkehr zugelassen wird. Die wenigsten Gesetze geben einen Rahmen an, innerhalb welchem die Prüfung zu geschehen hat. Das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich § 22 bezieht die Prüfung auf den «Zweck und die Solidität des Unternehmens». In positiver Fassung erklärt § 1218 des solothurnischen Gesetzes: «Die Genehmigung darf nicht verweigert werden, wenn die Gesellschaft sich ausweist, daß sie genügsame ökonomische Kräfte besitze und ihre innere Einrichtung gehörig geordnet sei» [5]). Jedenfalls ist diese Prüfung nicht nur eine *formelle*, sondern auch eine *materielle*. Die Konzessionsbehörde kann daher von sich aus alle jene Ermittlungen machen, die nötig sind, um ihre Ueberzeugung vom Vorhandensein der Vor-

---

[3]) Es geschah auch, daß ein Nachweis über die Aktienzeichnungen dem Gesuche nicht beigefügt war, in der Absicht, das Vertrauen des Publikums in das künftige Unternehmen erst durch die Staatsgenehmigung zu begründen. — Autorisation d'une école d'expérimentation à Genève, 1854. Table Décennale, Staatsarchiv.

[4]) Bern, Art. 3, Basel, § 11, sowie sämtliche Handelsgesetze.

[5]) Desgl. Basel § 11, Schaffhausen § 21, Luzern § 1, Wallis Art. 20 und 21.

aussetzungen zu begründen. Eine Handhabe zu dieser Auffassung bietet das Zürch. Gesetz über Ragionenwesen vom 25. Herbstmonat 1835, Art. 6, demzufolge der Genehmigungsbeschluß erst auf ein Gutachten der Handelskammer gefaßt werden darf. Was hier gesetzlich festgelegt ist, dürfte in den andern Kantonen, wo eine derartige Vorschrift fehlt, Uebung sein. Die Regierungen pflegen über die Gesuche Handelskammern und wo keine solchen bestehen, Kommissionen, um ihre Ansicht anzufragen. Sie überweisen zu dem Zwecke die eingereichten Schriftstücke solchen Stellen zu Bericht und Antrag. Je nach der Natur des Einzelfalles wird der Regierungsrat für die wahrheitsgemäße Feststellung des Grundkapitals, der Beteiligungen, der Zahlungsfähigkeit der Zeichner, der Art des Geschäftsbetriebes etc. noch umfassendere, auf stärkere Ueberzeugung hinwirkende Belege verlangen. In diesem Falle beauftragt er eine *Spezialkommission* mit der Ausarbeitung eines Gutachtens, auf Grund dessen er die endgültige Entscheidung trifft [6]), oder welches er der Handelskammer zur Einsicht unterbreitet, die ihrerseits Bericht und Antrag zu stellen hat [7]). Umgekehrt steht es der letzteren frei, von sich aus Gutachten einzuholen und dem Regierungsrat zuzustellen [8]).

In *formal juristischer Beziehung* ist zu beobachten, daß die Statuten keine Lücken aufweisen und der vorgeschriebenen Form entsprechen. Auch dürfen die einzelnen im Statut aufgeführten Bestimmungen mit den absoluten Gesetzesvorschriften und den gebietenden und verbietenden Vorschriften des Rechtssystems nicht im Widerspruch stehen [9]). Verstöße in dieser Hinsicht bewirken die Verwei-

[6]) Renvoi du projet et les statuts d'une société anonyme pour la fabrication et la vente des ébauches d'horlogerie à une commission chargée de consulter les personnes appartenantes à la fabrique. Table Décennale 1857, Staatsarchiv Genf.

[7]) Akten der Seidentrocknungsanstalt A.-G. Zürich.

[8]) Gutachten betr. die Genehmigung der Statuten der Gasbeleuchtungsanstalt A.-G. Zürich, 1856. Aktensammlung betr. A.-Gs., Staatsarchiv.

[9]) Abweisung des Gesuches des Konsumvereins Zürich im Jahre 1856 durch den Regierungsrat. Der Zweck, heißt es in der Begründung, sei mehr eine gegenseitige Assekuranz für den Bezug wohlfeiler Lebensmittel und somit gemeinnütziger Natur, deshalb mit § 22 des privatrechtlichen Gesetzbuches nicht vereinbar. Aktensammlung betr. A.-Gs., Staatsarchiv.

Im gleichen Sinne erfolgte die Verabschiedung einer «Société de Concerts à Genève», vu que par son objet elle ne rentre pas dans celles auxquelles s'appliquent les dispositions contenues dans le Code de Commerce. Table Déc. 1842.

gerung der Genehmigung, bis die Gesellschaftsregel den gesetzlichen Bedingungen angepaßt ist [10]). Für die notwendigen Aenderungen und Vervollständigungen sind zwei Wege denkbar:

a) Die Zeichner erklären in den Zeichnungsbedingungen, daß sie alle Abänderungen und Vervollständigungen des Statutenentwurfes, welche die Staatsbehörde für die endgültige Genehmigung als erforderlich erachten sollte, im Voraus anerkennen.

b) Es kann auch eine Bestimmung in die Statuten aufgenommen werden, nach welcher gewissen Mitgliedern Auftrag und Vollmacht erteilt wird, die Genehmigung nachzusuchen, sowie die von der Behörde empfohlenen Zusätze und Aenderungen im Namen der jetzigen und künftigen Aktionäre vorzunehmen. Sollten dagegen Statutenänderungen in diesem Sinne nicht vorgesehen sein, so können solche allein mit Einwilligung aller Aktienzeichner durch einen Mehrheitsbeschluß vorgenommen werden und zwar nur dann, wenn die abzuändernden Statuten selbst durch eine konstituierende GV. festgelegt wurden [11]).

## § 8.

## DIE ERTEILUNG DER STAATSGENEHMIGUNG.

I. Die Beschlußfassung über Erteilung der Genehmigung bezw. Verweigerung des Gesuches liegt in der überwiegenden Mehrzahl der Kantone in der Kompetenz des Regierungsrates. Eine Ausnahme ma-

---

[10]) Beschluß des Regierungsrates betr. die Genehmigung der Feigenkaffee-Fabrik mit Firma J. Schwarzenbach, Zürich, 1872, sobald:

a. der Name der Gesellschaft dem § 1343 des privatrechtlichen Gesetzbuches angepaßt,

b. das nominierte Grundkapital vollständig einbezahlt sei.

Aktensammlung betr. A.-Gs. im Staatsarchiv.

Desgl. Autorisation de la société fruitière à Charmy durch den genfer. Regierungsrat im Jahre 1843 «dès que leurs statuts seront convertis à un acte notarié. Table Décennale 1843, Staatsarchiv Genf.

[11]) *Renaud*, S. 380.

chen die Kantone *Neuenburg* und *Aargau* [1]), wo jede A.-G. durch *Legislativakt* (Großratsbeschluß) ins Leben gerufen wurde. In den Kantonen, wo die gesetzgebende Körperschaft über das Gesuch entscheidet, muß der Regierungsrat Bericht und Antrag hinterbringen. Er schlägt der Volksvertretung Genehmigung bezw. Abweisung des Gesuches vor. Im ersteren Falle unterbreitet er dem Rat das klausulierte Genehmigungsdekret mit dem Antrag auf Annahme. Nach Schluß der Beratung schreitet der Präsident zur Abstimmung. Erfolgt die Ratifizierung des regierungsrätlichen Vorschlages, dann hat die Vollziehungsbehörde für dessen Veröffentlichung im Amtsblatt zu sorgen.

II. Die Erteilung der Staatsgenehmigung ist in die Form der *einseitigen, hoheitlichen Verfügung* gekleidet. Die Behörde kann die Erteilung von der Erfüllung einer echten, *aufschiebenden Bedingung* abhängig machen [2]) oder wie nach bernischem Recht an den *Vorbehalt* der staatlichen Kontrolle knüpfen [3]). Die Gesetze schreiben im Einzelnen vor, in welcher Form die Verfügung zu erlassen ist. Die Regel bildet ein verwaltungsrechtlicher Erlaß an die Gesuchsteller [4]). Die Kantone Neuenburg und Aargau kennen die Gesetzes-

---

[1]) Fick, Krit. Uebersicht. S. 48.

[2]) Autorisation der Feigenkaffeefabrik J. Schwarzenbach, Zürich 1872. Vgl. dazu § 7, S. 34, Anm. 10.

Desgl. Autorisation de l'Ecole d'expérimentation, 1843, Genf. Autorisation de la Société anonyme fruitière à Charmy. Table Décennale 1843, Staatsarchiv Genf. Vgl. § 7, S. 34, Anm. 10.

[3]) Darnach kann laut Art. 38 «der Große Rat und ebenso der Regierungsrat jederzeit eine Untersuchung über die Lage und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft anordnen und Einsicht in ihre Bücher und Verhandlungen verlangen.» Der Regierungsrat ist nach Art. 37 Beschwerdeinstanz für die Fälle, «wo ein Aktionär oder Gläubiger, welcher durch Verhandlungen oder Beschlüsse der Gesellschaft oder ihrer Vertreter Vorschriften der Gesetze oder Statuten für verletzt und seine Rechte oder Interessen für beeinträchtigt hält.» Zur Aufnahme des Tatbestandes wird sich die Behörde an die Vorschrift des Art. 28 halten. Die der Beschwerdeführung eingeräumte Frist ist auf dreißig Tage beschränkt, damit die Gesellschaft in möglichst kurzer Zeit über die Gültigkeit ihrer Maßnahmen Gewißheit hat. Der freie Spielraum für ihre Geschäfte bleibt ihr gemäß Art. 37 gewahrt, wonach die Beschwerdeführung den Handlungen der Gesellschaft und ihrer Vertreter gegenüber keine aufschiebende Wirkung erzeugt.

[4]) Beschluß des Regierungsrates betr. die Genehmigung der revidierten Statuten der Gasbeleuchtungsanstalt, Zürich 1859. Aktensammlung betr. A.-Gs., Staatsarchiv:

form, wodurch der Volksvertretung die Zustimmung zu dem verwaltungsrechtlichen Akt vorbehalten wird. Bei der Verweigerung der Genehmigung erwächst nach neuenburgischem und aargauischem Recht die obrigkeitliche Verfügung nicht in materielle Rechtskraft. Von den Kantonen, in welchen die Exekutivbehörde die Genehmigung ausspricht, haben Bern und Luzern für den Fall der Verweigerung ein Rekursrecht an den Großen Rat vorbehalten.

III. Für alle rechtlichen Beziehungen, in welche die A.-G. treten mag, ist es von entscheidender Wichtigkeit, daß der Zeitpunkt, von welchem an ihr diese Eigenschaft von Rechtes wegen zukommt, in den Gesetzen festgelegt ist. Dazu eignet sich der Zeitpunkt des Konzessionsbeschlusses an sich nicht. Wie bereits erwähnt wurde, liegt in der Konzessionserteilung eine Ermächtigung, das Unternehmen in der Form der A.-G. zu betreiben. Damit ist aber immer noch in die Wahl der Gründer gestellt, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen oder nicht. Müßte man also gegebenenfalls immer erst nach konkludenten Tatsachen, wie Beginn des Geschäftsbetriebes, Ausgabe von Aktien und dergl. forschen, um zu wissen, ob die A.-G. die obrigkeitliche Genehmigung erhalten hat und eine rechtsgültige A.-G. vorhanden sei, so wäre dadurch die rechtliche Beurteilung des Unternehmens auf eine äußerst unsichere Grundlage gestellt. Nun ist der Konzessionsbeschluß, insbesonders dann, wenn er die Statuten ergänzt oder abändert, ein wesentlicher Bestandteil der ganzen Verfassung der A.-G. und muß, weil von dieser Grundverfassung ihr Kredit im Verkehr abhängt, gleich wie die Statuten zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden. Geht die Veröffentlichung des Genehmigungsbeschlusses mit allen Klauseln von dem Unternehmen selbst aus, so ist das eine unzweideutige Kundgebung, daß die nachgesuchte Autorisation erteilt und das Unternehmen auf dieser Grundlage ins

---

1. Der A.-G. wird auf Grund der vorgelegten, vom 2. April 1859 revidierten Statuten und unter Vorbehalt sämtlicher die A.-G. betreffenden Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches die Autorisation erteilt.
2. Gegenwärtiger Beschluß soll sowohl den beiden Exemplaren als auch später sämtlichen Abschriften und Abdrücken der Statuten beigesetzt werden und ist nebst den letzteren durch das Amtsblatt zur öffentlichen Kenntnis zu bringen.
3. Mitteilung an die Petenten unter Zurücksendung des einen der Exemplare an die Direktion der Finanzen.

Leben getreten sei. Dadurch, daß man den Zeitpunkt der Veröffentlichung als entscheidendes Datum für die Entstehung der A.-G. aufstellte, wollte man jedem Streit darüber, ob die Gesellschaft unter den Vorschriften des allgemeinen ZGB. oder bereits unter dem Aktiengesetz stehe, vorgreifen [5]).

*Gegenstand der Bekanntmachung* ist der Beschluß der kompetenten Behörde. Mit Bezug auf die Art der Publikation befolgen die Kantone verschiedene Methoden:

*1. Das Registrierprinzip.* Vermerkung der Staatsgenehmigung zu jedermanns Einsicht in einem Register [6]).

*2. Das Depositionsprinzip.* Der Genehmigungsbeschluß ist nach der Regelung des Kantons Waadt Art. 30 mit den Statuten auf der Kanzlei des erstinstanzlichen Gerichtes niederzulegen, wo Interessenten Einblick nehmen können. Luzern verlangt die Einlage beim Firmaregister (§ 23).

*3. Das Verfahren der Auskündigung im Amtsblatt.* Nach bernischem Gesetz Art. 3 ist der Beschluß des Regierungsrates in zwei aufeinanderfolgenden Nummern des Amtsblattes zu veröffentlichen. (Vgl. auch Genf, Arrêt von 1860). Diese Art der Kundmachung ist auch in jenen Gesetzen vorgesehen, die entweder Vermerkung der Genehmigung in einem Register oder gerichtliche Deposition verlangen. Im ersteren Falle genügt die Veröffentlichung eines Auszuges. Bei der Deposition ist lediglich diese Tatsache in das Amtsblatt einzurücken.

Die Folgen der Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften betr. die Publikation des Genehmigungsbeschlusses erfahren je nach der Auffassung des Gesetzgebers eine verschiedene Behandlung. Nach den Handelskodifikationen tritt Nichtigkeit der Gesellschaft ein. Andere Regelungen vertreten den Grundsatz der Solidarhaft der Mitglieder [7]). Auf einem anderen Boden steht der Kanton Neuenburg (Dekret Art. 2 in Verbindung mit dem Gesetz sur quelleques matières commerciales, Art. 19 und 23). Die Versäumnis einer Pub-

[5]) Kommissionsbericht zu Art. 7, abgedr. im Tagblatt des Großen Rates des Kantons Bern. Jahrgang 1860, S. 53.

[6]) Neuenburg Art. 2 (Dekret), Freiburg Art. 48 und 1942, 1943 code civil, Basel § 14, Abs. 2.

[7]) Bern Art. 7, 8, Zürich § 23, Basel § 13, Luzern § 3.

likationsvorschrift berührt den rechtlichen Bestand der A.-G. keinesfalls, sie zieht lediglich eine Geldbuße nach sich.

Die Notwendigkeit des Publikationserfordernisses bei der Errichtung äußert sich folgerichtig auch für andere Vorgänge innerhalb der Gesellschaft. Jede Veränderung der Statuten, die Fortsetzung der Gesellschaft über die bestimmte Zeit hinaus und jede Auflösung vor dieser Frist hat analog den Bestimmungen über Veröffentlichung des Genehmigungsbeschlusses bezw. der ursprünglichen Statuten zu geschehen. Die Rechtsverbindlichkeit solcher Gesellschaftsbeschlüsse hängt von der Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen betr. die öffentliche Bekanntmachung der Staatsgenehmigung bezw. der ursprünglichen Statuten ab [8]).

IV. Das notwendige Korrelat der Erteilung der Staatsgenehmigung ist die *Rücknahme* derselben. Die Gründe der Rücknahme sind abschließend in Art. 41 des bernischen Gesetzes aufgeführt. Sie betreffen

a) den Mangel des statutengemäßen Grundkapitals bei Beginn der Gesellschaft;

b) die Nichtaufnahme des Geschäftsbetriebes nach Ablauf der statutarisch festgesetzten Zeit;

c) die Nichtbeachtung der obrigkeitlichen Verfügungen zur Beseitigung von Gesetzes- und Statutenverletzungen;

d) die Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte;

e) die Gefährdung des Gemeinwohls, insbesonders des öffentlichen Kredites.

Der Rücknahmebeschluß muß *begründet* sein oder es muß, wie das zürcherische Gesetz sagt, der Gesellschaft zuvor Gelegenheit gegeben werden, sich zu verteidigen (§ 1359). Die Verfügung bewirkt die vorläufige Einstellung der Geschäfte und ein Antrag des Regierungsrates beim Großen Rat hat die gleiche Wirkung, da in diesem Falle die Vermutung für die Richtigkeit der Ansicht der Regierung spricht und oft ein schnelles Eingreifen erfordert wird [9]). Der § 44 des zürcherischen Gesetzes erteilt der Behörde die weitere Befugnis, die Rücknahme des Genehmigungsbeschlusses in gewissen

[8]) Bern Art. 25, Solothurn § 1218, Waadt Art. 31.

[9]) Kommissionsbericht zu Art. 39, abgedr. im Tagblatt des Gr. Rates des Kantons, Bern, Jahrgang 1860, S. 77.

Fällen zu verweigern. Darnach hat der Regierungsrat bei einem Gesuch der Gesellschaft auf Auflösung zu prüfen, ob dadurch nicht der öffentliche Kredit verletzt werde.

Nach bernischem Gesetz steht der A.-G. das Recht zu, gegen einen Aufhebungsbeschluß des Regierungsrates innert dreißig Tagen, von der Mitteilung des Beschlusses an gerechnet, Beschwerde beim Großen Rat zu erheben (Art. 40).

# Gesetzliche Normativ- und Organisations-Bestimmungen.[1]

## § 9.

## ERRICHTUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT.

I. Das Konzessionssystem ist nur mit einem Gebilde des Handelsrechtes, der A.-G., verknüpft. Es stellt vom Standpunkt der Aktiengesetzgebung aus kein selbständiges Rechtsinstitut, sondern vielmehr einen *integrierenden* Bestandteil des Aktienrechtes dar. Weil die Konzession erst nach dem Hergang der Errichtung erteilt wird, weil sie die endgültige Feststellung der Statuten voraussetzt, fehlt es meist an einer eingehenden Regelung des Gründungsherganges. Andererseits mag in gewissen Gesetzen auch der Umstand dazu beigetragen haben, daß die A.-G. mit Rechtsinstituten zusammengeworfen und verwechselt wird, die sich grundlegend von ihr unterscheiden. So ist in dem von Bluntschli redigierten privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich bei der A.-G. der germanische Gedanke der Genossenschaft vorherrschend. Das hat zur Folge, daß wir das Recht der A.-G. an drei Orten dargestellt finden: im Personenrecht, in dem Abschnitt «Von den Korporationen» §§ 19—44, im Sachenrecht, in der Lehre vom Gesamteigentum §§ 566—572, im Obligationenrecht unter «Forderungen aus der Gemeinschaft» §§ 1342—1365. Diese Auffassung ist auch in die Kodifikationen der

[1]) Diese Bestimmungen, welche lediglich die privatrechtliche Seite der A.-G. betreffen, im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Seite der Konzessionierung, sollen hier zur Darstellung gelangen, weil ihre statutarische Festlegung vielfach, wenigstens zum Teil, als Voraussetzung der Konzessionierung gefordert wurde. Ferner konnten Verstöße gegen diese Bestimmungen den Entzug der Konzession herbeiführen.

Kantone Schaffhausen und Graubünden übergegangen, wo die A.-G. an folgenden Stellen untergebracht ist: im Personenrecht, Schaffhausen §§ 18—48, Graubünden §§ 87—97 im Sachenrecht, §§ 508 bis 514 bezw. 213, im Obligationenrecht §§ 1273—1296 bezw. 448, 449. Die ausführlichste Regelung aller kantonalen Kodifikationen enthält das bernische Aktiengesetz. Recht wohltätig wirkt die Aufstellung eines Normalstatuts, das über die verschiedenen innern und äußern Beziehungen der Gesellschaft Bestimmungen trifft. Die übrigen Partikulargesetze lassen den Gründern in dieser Hinsicht möglichst freie Hand, was ja um so eher geschehen kann, als die Organisation der Gesellschaft der Genehmigung von Seiten des Staates bedarf.

II. Was zunächst denjenigen tatsächlichen Vorgang betrifft, auf welchem die Existenz der A.-G. überhaupt beruht, so ist die Auffassung je nach den Gesetzen eine verschiedene. Die Handelsgesetzbücher kennen keine andere Grundlage für die Entstehung einer A.-G. als die eines Vertrages [2]) zwischen den an der A.-G. sich Beteiligenden. Mit Bezug auf den Beteiligungskonsens stehen sich bei der Sukzessivgründung als Offerent und Oblat diejenigen, welche den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben und die Zeichner gegenüber. Die Zeichnung setzt demnach bereits das Vorhandensein des «acte de société» voraus und ist lediglich Adhäsion zu jenem Vertrage. Von einem andern Gesichtspunkt geht das bernische Aktiengesetz aus. Es wird hier die Konstruktion vertreten, daß vor der Bestätigung der Gesellschaft durch die Staatsbehörde eine Zeichnergesellschaft bestehe, die mit erfolgter Staatsgenehmigung ihren rechtlichen Bestand ändert und sich in eine A.-G. umwandelt und deren bisheriges Gesellschaftsvermögen mit diesem Zeitpunkt Aktiengesellschaftsvermögen wird [3]). Eine Handhabe zu dieser Auffassung bietet uns der Art. 8 des Gesetzes, welcher lautet:

> Bis zur rechtlichen Konstituierung unter diesem Gesetz bleibt die Gesellschaft in allen Beziehungen den allgemeinen zivilrechtlichen Normen unterworfen. Verpflichtungen, welche

---

[2]) Der Form nach muß er «acte public, authentic» sein, nach genferischem Gesetz von 1869 kann er auch «sous seing privée en double original» vollzogen werden.

[3]) *Dernburg*, Preuß. Recht, Bd. 2, S. 604, 607.

vor diesem Zeitpunkt namens der Gesellschaft eingegangen worden sind, können später von der konstituierten A.-G. übernommen werden und es sind in diesem Falle in Abweichung von Satz 948 des bernischen und 1275 des neuen französischen Kantonsteils geltenden ZGB. die Gläubiger schuldig, die A.-G. als Schuldnerin anzuerkennen.

III. Das bernische Gesetz macht die Gründereigenschaft von der Bedingung abhängig, daß die Personen, welche die Errichtung einer A.-G. beabsichtigen, mindestens eine Aktie übernehmen (Art. 31). Da sie bis zur Wahl des Vorstandes die Geschäfte führen, provisorisch als Direktoren auftreten, darf ihnen finanziell eine Verantwortlichkeit an dem Unternehmen zum vorneherein zugemutet werden. Für den Betrag der übernommenen Aktien sind die Zeichner, wenn die Gesellschaft wirklich zustande kommt, unwiderruflich verpflichtet. Nach zürcherischem Gesetz setzt die Verpflichtung, die gezeichnete Aktie einzuzahlen, die Tatsache voraus, daß das in den Statuten festgesetzte Kapital durch Zeichnungen soweit gedeckt werde, «daß die Möglichkeit der Ausführung des Unternehmens als gesichert erscheint.» [4]) Die Zeichner werden jedoch von ihrer Verbindlichkeit befreit, wenn ohne ihre Zustimmung die ursprünglichen Statuten oder das von den Gründern vorgelegte Programm seit dem Zeitpunkt der Aktienzeichnung verändert oder durch Zusätze erweitert worden sind (desgl. Bern, Art. 8, Abs. 2). Im Falle der Zeichnung einer größern als in den Statuten normierten Anzahl von Aktien sind die Gründer befugt, den normalen Stand der Emission wieder herzustellen (Bern Art. 19).

Das Statut muß über alle wichtigen Punkte der Organisation der Gesellschaft Auskunft geben. Das bernische Gesetz hat die nachfolgenden Punkte als wesentlich aufgeführt:

1. Firma und Sitz der Gesellschaft.
2. Gegenstand des Unternehmens.
3. Zeitdauer der Gesellschaft.
4. Höhe des Grundkapitals, der einzelnen Aktien, der Anzahl der in der ersten Serie auszugebenden Scheine.
5. Zeitpunkt der Konstituierung und Festsetzung des Kapitalbetrages.

[4]) Zürich § 1350, Luzern § 11.

6. Bilanzgrundsätze.
7. Art der Bestimmung und Zusammensetzung des Vorstandes. Zeitdauer seiner Wahl.
8. Vorschriften über Stimmberechtigung der Aktionäre, der Berufung der GV. und Formen der Beschlußfassung.
9. Formen der Bekanntmachungen der Gesellschaft.

Ob die Satzung, wenn sie über einen dieser Punkte keine Auskunft gibt, ihrem ganzen Inhalt nach nichtig sei, ist sehr zweifelhaft. Das Gesetz sagt über die Bedeutung eines Mangels in dieser Beziehung nichts. *Gar keine Bestimmungen gibt es mit Bezug auf die A.-Gs., für welche trotz Mängel bei der Gründung die Staatsgenehmigung ausgesprochen wurde.*

Mit der Uebernahme der Aktien durch die Gründer ist die Errichtung der Gesellschaft im Verhältnis der Gründer untereinander rechtsverbindlich geworden. Dagegen gilt die A.-G. als rechtlich konstituiert erst, wenn sie durch die Behörde genehmigt ist. (Bern Art. 8).

## § 10.

## ORGANISATION.

I. In der Behandlung der Grundsätze über Firmenbildung fassen die Handelsgesetzbücher das Wesen der A.-G. in die allgemeine Formel, daß sie durch den Namen keines Gesellschafters bezeichnet sei. Nach andern Kodifikationen muß die A.-G. eine Sachfirma haben [1]). Gegen diesen Grundsatz lehnt sich einzig der § 1218 des solothurnischen Gesetzes auf, demzufolge der Name eines oder mehrerer Mitglieder in die Firma aufgenommen werden darf.

II. Die Rechte, die den Aktionären der Gesellschaft zustehen, werden durch Beschlußfassung in der GV. ausgeübt. Das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen vollzogen. Für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, kann das Gesetz die Ausübung

[1]) Zürich § 1343, Bern Art. 9, Luzern § 4.

des Stimmrechtes durch Festsetzung eines Höchstbetrages beschränken [2]). Abwesende Aktionäre können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen [3]). Dem privatrechtlichen Gesetzbuch von Zürich zufolge darf ein einzelnes Mitglied keinesfalls mehr als den dritten Teil der sämtlichen vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen. (§ 1353 in Verbindung mit § 33). Darnach haben die Inhaber von Bruchteilen von Aktien analog den Markgenossenschaften und Real- und Nutzgemeinden ein der Bruchzahl entsprechendes Stimmrecht. (§ 1353 in Verbindung mit § 32.) [4]) — Die Einberufung der GV. hat innert Jahresfrist einmal zu geschehen. Die Beschlußfassung geschieht durch Abstimmung und zwar bedarf es nach zürch. Gesetz § 31 der einfachen, d. h. der absoluten Mehrheit der in der gültig berufenen Versammlung gültig abgegebenen Stimmen. Alle anderen Kodifikationen lassen sich darüber nicht aus. Das bernische Gesetz macht die Auflage, daß in Ermangelung einer diesbezüglichen Bestimmung in den Statuten die Stimmenzahl mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals zu betragen hat. (Art. 25.) Es verlangt ferner die notarielle Beurkundung des Beschlusses der GV., wenn derselbe eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die Fortsetzung der Gesellschaft über die festgesetzte Zeit hinaus und ihre Auflösung vor dieser Frist zum Gegenstand hat.

III. Der Vorstand stellt sich nach außen hin als gesellschaftsführendes Organ dar [5]). Er kann aus einer oder mehreren Personen bestehen, die nach den einen Regelungen nicht Aktionäre zu sein brauchen. Nach bernischem Gesetz kann die Verwaltung nur von Aktionären ausgeübt werden. In anderen Kodifikationen wirkt diese Vorschrift erst sekundär, wenn die Statuten nichts darüber besagen [6]). Ueber die rechtliche Auffassung der Tätigkeit des Vorstandes sind die Ansichten geteilt. Die Handelsgesetzbücher unterstellen die Verwaltungsratsmitglieder ausdrücklich den Bestimmungen über das Mandat [7]). In den Rechtsgutachten von Bluntschli

---

[2]) Luzern § 14, Solothurn § 690.

[3]) Zürich § 36.

[4]) Desgl. Luzern § 14, Abs. 1.

[5]) Luzern § 16.

[6]) Bern Art. 30, Neuenburg Art. 14 (loi 1833), Waadt Art. 17, Freiburg Art. 38, Zürich § 1355, Schaffhausen § 1268.

und Munzinger betr. die Verantwortlichkeit der Vorsteherschaft der Firma Leu & Cie. erscheint der Vorstand als «exekutive Vereinsbehörde». Die Mitglieder können besoldet oder unbesoldet sein; je nachdem richtet sich in Ermangelung besonderer Vereinbarungen ihr Verhältnis zu der Gesellschaft nach den zivilen Rechtsvorschriften über Dienstvertrag bezw. Mandat. Für den Gläubiger ist es wichtig, die Art und Form zu kennen, unter der der Vorstand im Rechtsverkehr mit Dritten die A.-G. allein direkt zu verpflichten vermag. Diese Kenntnis wird ihm dadurch vermittelt, daß die Vorstandsmitglieder und deren Vertretungsbefugnis, sowie jede Aenderung in der Bestellung oder der Vertretungsmacht in den Gesellschaftsblättern publiziert werden [7]). Basel und Neuenburg verlangen den Eintrag dieser Tatsachen im Raggionenbuch bezw. Registre de société (§ 14 bezw. Art. 18, loi). Der Vorstand ist gehalten, nicht nur das Interesse der A.-G. und das der Gesamtheit der Aktionäre wahrzunehmen, sondern auch das Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu vertreten, indem er Sorge tragen muß, daß das Grundkapital unversehrt bleibt. Art. 31 des bernischen Gesetzes verpflichtet den Vorstand, die ihm durch den Gesellschaftsvertrag (die Statuten) oder durch Beschlüsse der GV. auferlegten Beschränkungen in der Befugnis der Vertretung der Gesellschaft einzuhalten. Weiter besagt Art. 35, daß der Vorstand verpflichtet sei, Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher geführt werden. Mindestens einmal im Jahr soll eine Gewinn- und Verlustrechnung der GV. vorgelegt werden (Art. 33). Gemäß Art. 32, Abs. 2 und 34 haftet ferner ein Vorstand persönlich und solidarisch, wenn er außer den Grenzen seines Auftrages oder den Vorschriften des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages handelt, namentlich wenn er Dividenden ausbezahlt, die nach Art. 34 nicht verdient gelten. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß diese kasuistisch hervorgehobenen Fälle keineswegs erschöpfend sein sollten. Denn es ist nirgends auch nur angedeutet, daß für andere Fälle der Vorstand, welcher doch fast stets Mandatar oder Beamter der Gesellschaft ist, von der diesem

[7]) Dazu ist allerdings zu bemerken, daß das französische Recht unter Mandat das innere Verhältnis bei der Stellvertretung, also das Verhältnis vom Vertreter zum Vertretenen, begreift. Vgl. darüber *Eisenhut*, Die Kontrollorgane der A.-G. Diss. Zürich 1902, S. 2, Anm. 1.

[8]) Solothurn § 1219, Luzern § 2.

gesetzlich obliegenden Haftung für jedes Verschulden befreit sein sollte.

Neben der Direktion besteht in der Regel noch ein Ausschuß von Aktionären, der die Bezeichnung Aufsichtsrat, Kommission etc. führen kann. Er ist ein rein fakultatives Organ; die Umschreibung seiner Kompetenzen liegt deshalb im Bereiche des Statuts.

IV. Dem Einzelaktionär stehen die sog. Individualrechte zu. Darunter versteht man u. a. das Recht, einen ungültigen Beschluß der GV. anzufechten und Schadensersatz gegen die Schuldigen zu verlangen [9]).

## § 11.

## PFLICHTEN UND RECHTE DER AKTIONÄRE.

I. Ist die Genehmigung der A.-G. durch die Staatsbehörde erfolgt, so sind die Aktien nunmehr frei veräußerlich [1]). Doch ist diese freie Veräußerlichkeit nicht zwingendes Recht, vielmehr kann das Statut gewisse Schranken setzen:

1. Bei nicht liberierten Aktien, welche auf bestimmte Inhaber lauten, gemäß solothurnischem und bernischem Gesetz § 1222 bezw. Art. 21 in Verbindung mit Art. 13.

2. Die Uebertragung der Aktien geschieht durch Uebereignung der Aktienurkunde. Ist die Urkunde eine Inhaberaktie, so richtet sich die Uebertragung nach dem Recht der Inhaberpapiere [2]). Umgekehrt kommen bei Namenaktien, event. in Verbindung mit der Eintragung im Aktienbuch, die Formen des Indossaments zur Anwendung. Die Statuten einer A.-G., welche Inhaberaktien ausgibt, können rechtsgültig bestimmen, daß bis zu einem gewissen Betrage

[9]) Bern Art. 37, Zürich §§ 38, 39, Erläuterungen von *Bluntschli*.

[1]) Zürich § 1347, Luzern § 8, Solothurn § 1220, Bern Art. 21, Waadt Art. 21, 22, Freiburg Art. 42, 43, Neuenburg Art. 17 (loi), Art. 3 (Dekret).

[2]) Ihre Ausstellung ist unbeschränkt gestattet nach folgenden Gesetzen: Zürich § 1345, Luzern § 6, Bern Art. 42, Graubünden § 449, Waadt Art. 20, Freiburg Art. 41.

oder bis zur vollen Höhe der Aktie der Zeichner unbedingt und abgesehen von allfälligen Veräußerungen seiner Aktie zu haften habe. Die Geltendmachung dieses Rechtes von Seiten der Gesellschaft verursacht der Rechtsgültigkeit der Veräußerung keinen Eintrag [3]). Die Uebereignung der Inhaberaktien setzt den Erwerber sofort in den Vollbesitz des Aktienrechtes [4]), hingegen wird die Uebertragung einer Namenaktie in folgender Weise gesetzlich beschränkt:

1. Den Handelsgesetzbüchern zufolge darf die Anerkennung des Erwerbers einer Namenaktie, bezw. die Eintragung in das Aktienbuch erst erfolgen, wenn der Beweis des rechtmäßigen Erwerbes die Legitimation ergeben hat [5]).

2. Die meisten übrigen Kodifikationen vertreten den Standpunkt, wonach die A.-G. berechtigt, nicht aber verpflichtet sei, eine derartige Beweisführung zu verlangen [6]).

II. Die Leistung einer, dem Nominalwert seiner Aktie entsprechenden Einlage ist die einzige Pflicht, die der Aktionär auf sich nehmen muß. Die Frage, ob die A.-G. im Statut neben den Kapitaleinlagen den Aktionären die Verpflichtungen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegen könne, bleibt in den Partikulargesetzen unberührt. In der Literatur gehen die Ansichten sehr auseinander. Für den Aktionär, der den Betrag nicht auf den bestimmten Termin einschließt, dürfen in den Statuten Vertragsstrafen vorgesehen werden, welche auch in der Ungültigkeitserklärung (Verrufung) der bereits ausgestellten Aktienscheine bestehen können. (Bern Art. 18.) Der Aktionär geht damit der bereits einbezahlten Summen verlustig und zwar zu Gunsten der Gesellschaft.

Da die Mitglieder für die Gesellschaftsschulden nicht haften, stehen sie gegenüber den Gläubigern in keinem persönlichen Verpflichtungsnexus. Selbst, wenn sie mit ihren Einlagen im Rückstand sind, können sie nur von der Gesellschaft und nicht auch von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, «es sei denn», wie der bernische Gesetzgeber sich ausdrückt, «infolge einer diesen im

[3]) Bern Art. 23, Zürich § 1346.
[4]) Waadt Art. 21, Freiburg Art. 42, Luzern § 10, Zürich § 1349, Bern Art. 22.
[5]) Waadt Art. 22, Freiburg Art. 43, Neuenburg Art. 3 (Dekret).
[6]) Zürich § 1343, Bern Art. 20, Luzern § 9, Solothurn § 1221.

Geltstag der Gesellschaft erteilten Anweisung.» (Art. 16, Abs. 2). — Der Anspruch auf nach Gesetz und Statut verteilbaren Gewinn bildet ein Forderungsrecht des Aktionärs; er ist keinesfalls verpflichtet, die in gutem Glauben empfangenen Zinsen zurückzugeben [7]).

Erzeigt die Bilanz der A.-G. einen Verlust und reicht der gesetzliche Reservefond nicht aus, ihn zu decken, so sind die Aktionäre nicht verpflichtet, das Manko durch Nachschüsse zu tilgen [8]). Bei einer Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte hat der Vorstand unverzüglich eine GV. einzuberufen und die Behörde davon in Kenntnis zu setzen, welche gegebenenfalls die Auflösung der A.-G. verfügt [9]).

## § 12.

## AUFLÖSUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT.

I. Die A.-G. wird aufgelöst:

1. Durch Ablauf der Zeit, auf welche sie gegründet ist [1]);

2. durch statutengemäßen Beschluß der GV. unter Anzeige an die kompetente Behörde. Der Beschluß bedarf nach bernischem Gesetz einer Stimmenzahl, die nach Anteilen berechnet, mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals darstellt. Daneben kann aber das Statut andere Erfordernisse aufstellen [2]);

3. durch die Staatsbehörde aus zureichenden, auf der öffentlichen Wohlfahrt beruhenden Gründen.

---

[7]) Zürich § 1352, Schaffhausen § 1383, Luzern § 19, Solothurn § 1210.

[8]) Zürich § 1351, Bern Art. 16, Luzern § 12.

[9]) Zürich § 44, § 1361, Luzern § 22, verlangt Anzeige des Auflösungsbeschlusses überhaupt an die Regierung. Basel, § 12 verpflichtet den Vorstand, eine Jahresrechnnug der Regierung einzureichen, «welche ihrerseits das Nötige verfügt».

[1]) Bern Art. 39, Abs. 4 und Art. 23.

[2]) Luzern § 22, Waadt Art. 32, 33, Zürich § 1359, Solothurn § 1216, Basel § 12.

4. durch Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen.

Die Auflösung hat nicht nur durch Publikation in den Zeitungen zu geschehen, sondern sie bedarf nach zürcherischem Gesetz noch der Vermerkung im Raggionenbuch (§ 1362), obwohl ein solcher Eintrag bei Gründung der Gesellschaft nicht stattfindet [3]). Nach der Auflösung der A.-G. findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Konkurs eröffnet ist.

II. Liquidationsbehörde ist der Vorstand. Sie muß jedoch auf Wunsch der Kreditoren oder aus Gründen öffentlichen Interesses von der Regierung bestellt werden [4]). Ihre Rechte und Pflichten sind entsprechend denen des Vorstandes, allerdings mit Beschränkung auf den Liquidationszweck. In dem Fall, wo die Regierung die Ernennung vornimmt, kann ein Vertragsverhältnis nicht vorliegen; denn die Bestellung erfolgt in öffentlichem Interesse. Demnach üben die Liquidatoren ein öffentliches Amt aus und stehen über der Gesellschaft. Die Gläubiger sollen zugleich mit der Bekanntmachung der Auflösung im Amtsblatt aufgefordert werden, binnen sechzig Tagen ihre Forderungen schriftlich bei der Liquidationsbehörde anzumelden. Die Verteilung des Vermögens darf erst nach Ablauf einer zweimonatlichen Frist seit der dritten öffentlichen Bekanntmachung erfolgen. Die Gläubiger, die sich innerhalb dieser Sperrzeit nicht melden, gehen des Rechtes auf ihren Anteil verlustig (Bern Art. 43). Im einzelnen gelten bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens folgende Regeln:

Die Verteilung an die Aktionäre geschieht nach Verhältnis ihrer Aktien, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind. Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnis geleistet, so erhält zunächst jeder Aktionär seine Einlage zurück und ein Ueberschuß wird gleichmäßig unter die Aktionäre verteilt [5]). Erzeigt sich jedoch ein Ueberschuß der Schulden über das vorhandene Reinvermögen, so ist sofort der Konkurs einzuleiten.

Die Konkurseröffnung wird nicht allein bei der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Ueberschuldung der Gesellschaft ausge-

[3]) Bern Art. 42, Solothurn § 1216, Zürich § 23, Erläuterungen v. *Bluntschli*.
[4]) Zürich § 1364, Luzern § 26, Bern Art. 42.
[5]) Luzern § 27, Zürich §§ 1363, 1364, Bern Art. 45.

sprochen. Sie erfolgt auf Antrag jedes Vorstandsmitgliedes oder jedes Gläubigers durch das zuständige Gericht. Dem wird nach waadtländischem Gesetz erst Folge gegeben, nachdem der Gerichtspräsident sich von der Begründetheit dieser Maßnahme überzeugt hat (Art. 34). Die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gehen den auf den Aktien begründeten Ansprüchen der Aktionäre vor [6]). Regelmäßig geht das ganze Aktienkapital verloren. Die Aktionäre sind zur Leistung von Nachschüssen nicht verpflichtet. Eine Ausnahme besteht jedoch für diejenigen, welche mit ihren Einlagen im Rückstand sind. Die Konkursmasse kann in diesem Falle die restierenden Beiträge einfordern, sofern sie zur Deckung der Gesellschaftsschulden verwendet werden müssen (Bern Art. 45). Eine Haftung der Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft besteht ferner, soweit sie den Vorschriften des Gesetzes entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Im übrigen tritt das durch die einschlägigen Gesetze vorgeschriebene Verfahren ein.

[6]) Solothurn § 28, Zürich § 1365.

## II. Abschnitt.

# Das Normativsystem.

## EINLEITUNG.

### § 13.

### BEGRIFF UND WESEN DES NORMATIVSYSTEMS.

I. Das Normativsystem hat von England aus den Gang über den Kontinent angetreten. Das englische Recht hat sich, wie überhaupt, so insbesonders, auf dem Gebiete der A.-G. durchaus selbständig entwickelt. An Stelle der Body corporate, der Korporation, die ursprünglich nur durch Parlamentsacte erworben werden konnte, traten die Gesetze aus den Jahren 1855—1857, welche zuließen, daß sieben Personen unter Erfüllung gewisser Bestimmungen (Normativvorschriften) sich zu einer joint stock company mit Rechtspersönlichkeit vereinigen konnten. Seit der Gesellschaftsacte von 1862 wurde eine Company limited by shares ohne persönliche Haftung zugelassen [1]). Die Entwicklung des Gesellschaftswesens in *Frankreich* war besonders für die Schweiz von bestimmendem Einfluß. Dort bestanden neben den A.-Gs., die konzessionspflichtig waren, die Kommandit A.-Gs., die nicht streng reglementiert waren. Als nun durch die Schaffung der société à responsabilité limitée die Wirrnis noch erhöht wurde, dieweil trotz der wirtschaftlichen Aehnlichkeit aller dieser Gebilde, eine solche Verschiedenheit in der juristischen Normierung herrschte, machte das Gesetz von 1863 diesem Zustand ein Ende durch Einführung des Normativsystems

[1]) *Lehmann*, Bd. 2, S. 86.

und der Publikation; ein Jahr darauf hatte auch der Kanton *Genf* dieses System adoptiert.

II. Das System der Normativbedingungen schafft ein *subjektives, öffentliches* Recht, einen allgemeinen Anspruch. Die Vorbedingungen zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit sind alle objektiv bestehend. Fügt sich der Kaufmann ihnen an, so besitzt er ein subjektives Recht zur Errichtung der A.-G. Die Präventivfunktion, die beim Konzessionssystem die Staatsbehörde ausübt, ist im Gefüge des Gesetzes selbst verankert. Die *staatliche Vorsorge für die Erfüllung der materiellen Erfordernisse beschränkt sich auf das Aufstellen eines Komplexes von Versicherungen und Belegungen der geschehenen Erfüllung der aufgestellten Erfordernisse, die auf eine Ueberzeugung der Erfüllung hinwirken sollen.* Die Aufstellung derartiger gesetzlicher Erfordernisse hat seinen Grund wesentlich darin, daß weite Kreise ein Interesse daran haben, die Höhe des Grundkapitals, mit welchem eine A.-G. in Wirksamkeit tritt, zu erfahren. Die Kundgebung der erfolgten Entstehung der Gesellschaft wie ihres Grundkapitals ist nur die Konsequenz dieses Prinzips. Wenn in einem Kautelensystem für die Entstehung der A.-G. das Gesetz die Entstehung von der Erfüllung von Erfordernissen abhängig macht, so müssen, wenn die Gesellschaft wirklich entstehen soll, *Personen* auftreten, welche die Versicherungen erteilen und die Führung der gesetzlich geforderten Nachweise übernehmen. Nach dem Gesetz des Kantons Genf über Gesellschaften vom 29. August 1868, modifiziert durch das Gesetz vom 13. Januar 1869, entsteht die A.-G. lediglich auf Handlung der Mitinteressenten hin. Dieses Kautelensystem entbehrt noch des organischen Zusammenhanges. Es hat, wenn man von der nur für den Vorstand gegebenen Strafvorschrift des Art. 23 absieht, eine Verantwortlichkeit nicht geregelt. Wie die Praxis das wesentlich rechtspolizeiliche Gesetz ausgelegt hat, ist eine Frage, die zu beantworten hier nicht der Platz ist. Von gesetzestechnischem Standpunkt aus, und den haben wir hier und im Folgenden zu vertreten, ist es eine lex imperfecta. Betrachten wir die das Gerippe bildenden Normativvorschriften, so ist vor allem auffallend, wie wenig Sicherheitsmaßnahmen für die Einhaltung seiner Vorschriften der Gesetzgeber vorsieht. Er hat jede staatliche Einmischung abgestreift; die Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse, ob das Grundkapital mindestens zur Hälfte gezeichnet und wenigstens

25 % auf jede gezeichnete Aktie einbezahlt sei, geschieht durch einen Organismus von *Mitinteressenten*. Die Ueberprüfungstätigkeit obliegt folgendem Apparat:

Gründer, Zeichnerversammlung, Vorstand.

1. Die Aufgabe der Gründer ist es, zunächst den Hergang der Gründung zu prüfen, inbesonders die Frage, ob die Aktien übernommen und die darauf eingeforderten Zahlungen wirklich geleistet sind. Sie haben die Tatsache der Zeichnungen und Einschüsse vor einem Notaren zu erklären und dieser Erklärung die Liste der Zeichner und das Verzeichnis der von jedem einbezahlten Beträge, sowie ein Exemplar des Gesellschaftsvertrages beizufügen (Art. 17). Hierauf ist diese Erklärung von ihnen einer durch sie zu berufenden GV. der Zeichner vorzulegen (Art. 16).

2. Die Prüfungstätigkeit der ersten GV. ist als Sicherungsmaßregel im Interesse des Publikums eingeführt. Sie stellt auf Grund der vorgelegten Bescheinigungen fest, ob das Grundkapital zur Hälfte gezeichnet und 25 % davon einbezahlt sind. Mit dem Richtigbefund jener Erklärung, der Wahl des ersten Vorstandes, — sofern dieser nicht schon in den Statuten bestellt ist —, und der Rechnungsrevisoren ist die Gesellschaft konstituiert.

3. Den ernannten Verwaltungsräten liegt die Pflicht ob, die in der GV. abgegebenen und von ihr sanktionierten Angaben der Gründer zu überprüfen durch Einsichtnahme in die Zeichnungen und Revision des Geldbestandes. Ergeben sich keine Verstöße, so haben sie die Gesellschaft zur Publikation anzumelden.

Sieht man von der im Interesse Dritter eingeführten Prüfungstätigkeit der GV. ab, so entsteht die A.-G. lediglich auf die Erklärungen und Handlungen der Gründer hin.

III. Ein mit Rücksicht auf seinen Zweck konsequenteres System von Normativbestimmungen hat das OR. von 1881 geschaffen, das unverändert zusammen mit den Bestimmungen über Handelsgesellschaften, Wertpapiere und Geschäftsfirmen (Dritte Abteilung, Art. 552—715 und 720—800) in das geltende OR vom 30. März 1911 übergegangen ist. Erst durch den Bundesratsbeschluß vom 8. Juli 1919 betr. Abänderung und Ergänzung des schweiz. OR. haben die seit fast vier Jahrzehnten unverändert bestehenden Normativbestim-

mungen eine teilweise Verschärfung erfahren, nachdem sie von der gewaltigen Entwicklung der A.-G. längst überholt worden sind.

Die *Normativvorschriften* bilden ein *System* von Schutzbestimmungen, womit der Gesetzgeber die Gründung der A.-G. umgeben hat. *Unter den Begriff der Normativbestimmungen fallen im engeren und technischen Sinne des Wortes lediglich jene Vorschriften, welche die Errichtung der A.-G. von besonderen, nicht aus der Natur des Rechtsverhältnisses fließenden Voraussetzungen abhängig machen.* Es handelt sich prinzipiell um jene Bestimmungen, die an Stelle des Konzessionssystems getreten sind. Es sind aber auch noch jene Vorschriften in diese Kategorie zu rechnen, die für die *Ausgabe neuer Aktien* durch eine bestehende A.-G. besondere Kautelen fordern. Es ist dies nämlich eine Art Nachgründung. Die schweiz. Normativbestimmungen finden keine Anwendung auf eine Reihe von A.-Gs., die durch *Spezialgesetzgebung* geregelt sind. Im Eisenbahn-Rechnungsgesetz (Art. 1, Abs. 2) und im Nationalbankgesetz (Art. 12, 14, 26) ist auf die *subsidiäre* Geltung der aktienrechtlichen Bestimmungen des OR. hingewiesen.

Den Normativbestimmungen des OR. hat die deutsche Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 als Grundlage gedient, wie die bundesrätliche Botschaft [2]) ausdrücklich hervorhebt. In einigen Einzelheiten wurden sie auch noch über die genannte Novelle hinaus verschärft. Andererseits teilen sie die Fehler derselben, insbesonders den *Mangel einer Sanktion* gegen Zuwiderhandeln. Die schweiz. Normativbestimmungen sind wohl zwingendes Recht, insofern sie durch Parteiwillen weder abgeändert noch außer Anwendung gesetzt werden können, aber sie gehören zu den sogen. leges imperfectae oder minus quam perfectae. Das dagegen Geschehene ist nicht für nichtig erklärt und die Wirkung des Zuwiderhandelns besteht im wesentlichen nur in dem Rechtsnachteil, daß die Registrierung versagt wird, wenn der Registerführer den Mangel gewahr wird. Ist die Registrierung einmal erfolgt, so sind die objektiv vorhandenen Verstöße wider die Normativvorschriften geheilt, an dem Ausspruch des Staates (Handelsregisterbehörde), daß seine Gebote

[2]) BBl. 1880, Bd. 1, S. 222.

erfüllt sind, darf nicht mehr gerüttelt werden. Es wird fingiert, als wären sie erfüllt [3]).

Noch der letzte Revisionsentwurf [4]) erklärt, daß die Persönlichkeit durch die Eintragung auch dann erworben wird, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht mehr vorhanden sind. Nur, wenn bei der Gründung gesetzliche und statutarische Vorschriften mißachtet und dadurch die Interessen der Gläubiger oder der Aktionäre in erheblichem Maße gefährdet oder verletzt wurden, kann nach diesem Entwurf der Richter auf Begehren eines Gläubigers oder Aktionärs die Auflösung verfügen (Art. 642).

Nach dem System des OR. lassen sich für die Entstehung *vier* Stadien unterscheiden. Das erste Stadium beginnt mit der Fassung des Gründungsplanes durch die Gründer und schließt mit dem Moment, wo die A.-G. eine greifbare juristische Form angenommen hat, durch Aufstellung und Unterzeichnung des Statutenentwurfes (Art. 615, 616).

Das zweite Stadium bildet die Beschaffung des persönlichen Substrates durch die Mitgliedserklärungen (Zeichnungen) und des sachlichen Substrates durch Bareinlagen bezw. Sacheinlagen (Art. 617, 618, 619).

In das dritte Stadium fällt die förmliche Konstituierung der Gesellschaft an der GV. der Zeichner (Art. 618).

Das vierte Stadium reicht von der Anmeldung zur Registrierung bis zur Vollziehung dieses Aktes (Art. 621, 622).

---

[3]) *Schneider und Fick*, Anm. 3 zu Art. 623; BGE., Bd. 15, S. 628; Bd. 33 II, S. 161; im übrigen wird auf diese Frage noch näher einzugehen sein.

[4]) Botschaft vom 21. Februar 1928.

# Einfluß der Normativvorschriften auf die Schaffung der Grundlagen der Aktiengesellschaft.

## § 14.

### SCHAFFUNG DER RECHTLICHEN GRUNDLAGEN.

Das OR. befaßt sich nicht mit der Gründergesellschaft und der Gründertätigkeit im allgemeinen, ordnet weder den Gründervertrag noch das Gründungsgeschäft, definiert nicht einmal den Gründerbegriff, mit dem es operiert. *Es will jedoch durch zwingende Normativvorschriften die für Aktionär und Gläubiger bedeutungsvollsten Akte des Gründungsgeschäftes regeln.*

Zu diesen Akten gehört in erster Reihe die Aufstellung des *Statutenentwurfes.* Das OR. vom 20. März 1911 enthielt darüber nur eine indirekte Vorschrift, indem der frühere Art. 615 verlangte, daß schon die Aktienzeichnung eine Bezugnahme auf die Statuten enthalte. Der Bundesratsbeschluß vom 15. Juli 1919, der nachher von der Bundesversammlung bestätigt wurde, hat den Art. 615 des OR. dahin abgeändert, daß dessen bisheriger Wortlaut gestrichen und an seiner Stelle folgender Text eingesetzt wurde:

> «Die Gründer haben den Statutenentwurf aufzustellen und zu unterzeichnen.»

Diese Bestimmung ist als eine Maßregel zur Fixierung und Präzisierung der Gründerverantwortlichkeit gedacht. Mit dem Statutenentwurf, welcher die Grundlage der Zeichnungen bildet, beginnt zwar noch nicht die Gründung der A.-G., aber es wird eine Vorbedingung für dieselbe geschaffen. Durch Feststellung des Inhaltes und Unterzeichnung soll der einzelne Zeichner davor bewahrt werden,

daß die konstituierende GV. über seinen Kopf hinweg die Grundlage, auf der er seine Zeichnung vollzogen hat, durch Mehrheitsbeschlüsse nachträglich abändert. Daher hat die genannte Aktiennovelle von 1919 diese Normativvorschrift mit einer äußerst wirksamen Sanktion ausgestattet, die in Art. 618 durch eine Zusatzbestimmung (Abs. 3) folgendermaßen formuliert ist:

> «Wesentliche Abänderungen an dem von den Gründern festgesetzten Statutenentwurf dürfen von der GV. nur mit Zustimmung von sämtlichen, an der GV. vertretenen Zeichnern vorgenommen werden.»

Damit ist jedem Zeichner die Möglichkeit geboten, durch Teilnahme an der konstituierenden GV. einer Abänderung des Statutenentwurfes, allerdings nur in wesentlichen Bestimmungen, wirksam entgegenzutreten.

Da der Statutenentwurf im Sinne dieser Bestimmungen de facto sozusagen unabänderlich ist, indem ein liberum veto in Bezug auf die Abänderung statuiert ist, so muß er nicht nur über die Essentialien sich aussprechen, sondern hat bereits den ganzen gesetzlich notwendigen Inhalt aufzuweisen. Dieser Inhalt ist denn auch im nachfolgenden Art. 616 spezifiziert.

Die Entwürfe zum OR. haben sich der Novelle von 1919 in der Forderung eines von den Gründern unterzeichneten Statutenentwurfes angeschlossen (Entw. 1919, Art. 693, Entw. 1923, Art. 645). *Die Bedeutung dieser Normativvorschrift besteht darin, daß durch das Statutfeststellen und Unterzeichnen die daran Beteiligten als verantwortliches Organ der entstehenden Gesellschaft charakterisiert werden* [1]).

In den Bestimmungen der Novelle von 1919 über die Notwendigkeit eines Statutenentwurfes und zwar für alle Fälle der Gründung, sowohl der Simultan- wie auch der Sukzessivgründung liegt übrigens auch eine scharfe Betonung des Gegensatzes zwischen Feststellung des Gesellschaftsvertrages und Errichtung der Gesellschaft, wie sie der Körperschaftstheorie entspricht. Der Gesetzgeber hat mit dieser Normativvorschrift nicht bloß einem *praktisch* als emp-

[1]) Ueber die Statutenfeststeller als Organ der entstehenden Gesellschaft vgl. *Lehmann*, Bd. 1, S. 356 f.; a. M. *Behrend*, S. 778.

fehlenswert, sondern auch einem *theoretisch* als richtig erkannten Gedanken Geltung verschafft.

Der Gesetzgeber stellt einander gegenüber das, was den Inhalt der Satzung ausmachen soll und das Zustandekommen der A.-G. auf Grund der Satzung. Jedem Vertragsschluß geht die Feststellung des Vertragsinhaltes voraus. Diese bildet nichts weiter als den Rohstoff für den abzuschließenden Vertrag. Allein der Gesetzgeber erachtet offenbar die Statuten nicht als den Vertrag über die zu bildende A.-G. Er betont durch die Normativvorschriften zugleich den Unterschied zwischen Feststellung des Gesellschaftsvertrages und Errichtung der Gesellschaft selbst.

In theoretischer Hinsicht kann daher die Bedeutung unserer Normativvorschrift folgendermaßen gekennzeichnet werden:

*Die Feststellung des Statuts ist das Primäre bei der Entstehung der A.-G.*

Bei der Simultan-, wie bei der Sukzessivgründung müssen die gleichen Bedingungen insoweit erfüllt sein, als es hier wie dort eines persönlichen und sachlichen Substrates bedarf. Das Normieren der Satzung schafft das Grundelement, vor dessen Feststellung die sachliche Unterlage nicht beschafft werden kann. In diese Auffassung hat der Entwurf 1928 eine Bresche geschlagen, indem er die Aufstellung und Unterzeichnung eines Statutenentwurfes nur noch für die Sukzessivgründung fordert (Art. 627).

## § 15.

## BESCHAFFUNG DER PERSÖNLICHEN UNTERLAGEN.

I. Das zweite Stadium der Entstehung der A.-G. ist dasjenige der Aktienzeichnung [1]). Das OR. hatte für diesen Akt keine Normativbestimmungen aufgestellt. Es normierte in den beiden Absätzen des Art. 617 nur die Rechtsfolgen der Zeichnung. *Erst die*

[1]) *Renaud*, S. 222 f., *Lehmann*, Bd. 1, S. 344, *Silbernagel*, S. 158 f., *Werner*, Die Aktienzeichnung, 1907.

*Novelle von 1919 hat dem Art. 617 drei weitere Absätze hinzugefügt, in welchen Normativvorschriften für den Zeichnungsakt aufgestellt wurden.* Sie zerfallen in zwei Teile:

1. in solche, die die Aktienzeichnung selbst betreffen und

2. in andere, die die Einladung zur Zeichnung betreffen.

1. Was die Aktienzeichnung selbst betrifft, so bedarf sie zu ihrer Gültigkeit nach Art. 617 letzter Abs. einer schriftlichen, auf den Statutenentwurf und den Prospekt Bezug nehmenden Erklärung. Hiemit ist die *Form* und ein gewisser *Inhalt* vorgeschrieben.

Als Form ist die einfache Schriftlichkeit vorgeschrieben. Die schriftliche Form ist derart wesentlich, daß ihr Mangel die Erklärung nichtig macht und unheilbar ist. Liegt also dieser Mangel vor, so wird der Beteiligungslustige trotz Eintragung in die Aktionärliste nicht Aktionär. Ob eine bloß mündliche Erklärung wenigstens als Vorvertrag gelten kann, hängt nach OR. 22 davon ab, ob die Form in diesem Falle «zum Schutze der Vertragsschließenden» vorgeschrieben ist. Unseres Erachtens kann man hier nicht davon sprechen, daß die Form zum Schutze der Vertragsschließenden vorgeschrieben sei. Die Zeichnung ist nämlich ihrer rechtlichen Natur nach eine einseitige, nicht annahmefähige und -bedürftige Willenserklärung. Der Erklärende wendet sich wohl an andere, die zusammen mit ihm die A.-G. gründen wollen. Aber er gibt seine Erklärung nicht in dem Sinne ab, daß sie als vertragsmäßige von den anderen akzeptiert werden soll, sondern in dem Sinne, daß ein Verein geschaffen werden soll. Es handelt sich also um einen einseitigen, auf Mitgliedschaft gerichteten Akt [2]). Es handelt sich nicht um «Vertragsschließende». Aus demselben Grunde kann aber auch nicht von Vorvertrag gesprochen werden, denn eine mündliche Zeichnungszusage zielt nicht auf einen künftigen «Vertrag» ab. Eine solche Zusage ist daher wenigstens der Gesellschaft gegenüber jedenfalls angesichts der strengen Fassung des Art. 617, letzter Absatz, ungültig.

Hingegen könnte die Frage erhoben werden, ob die schriftliche Erklärung in einer besonderen Urkunde erfolgen muß (Zeichnungs-

---

[2]) *Staub*, Anm. 20, § 189, *Lehmann*, Bd. 1, S. 344, *Fischer*, S. 94, RGE., Bd. 54, S. 129, («Erklärung gegenüber der Oeffentlichkeit»).

schein) oder ob z. B. Einzeichnung in eine Zeichnerliste genügt. Da das OR. nicht von «Zeichnungsschein» spricht, dürfte eine Einzeichnung in eine Liste genügen [3]).

Ueber die sonstigen Erfordernisse der Schriftlichkeit entscheiden Art. 12—15 OR. Darnach muß die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterzeichnet oder die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen bezw. öffentliche Beurkundung ersetzt werden (Art. 14, 15). Es genügt aber auch ein Brief und sogar ein Telegramm, wenn ersterer bezw. die Aufgabedepesche die Unterschrift des Zeichners trägt (Art. 13, Abs. 2). Stellvertretung ist zulässig, wie im ganzen Rechtssystem, wo nicht persönliche Mitwirkung ausdrücklich gefordert wird. Die Vollmachtserteilung bedarf aber dabei keiner Form (OR. 32). Auch die nachträgliche Genehmigung ist übrigens zulässig, auch diese ist formlos (OR. 38). Der Handelsregisterführer wird aber eine Vollmachts-, bezw. Genehmigungsurkunde verlangen können (Arg. aus Art. 622, Ziff. 1). *Das Erfordernis der Schriftlichkeit der Zeichnung charakterisiert sich als Normativvorschrift, da sie eine Voraussetzung schafft, die nicht schon aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich ergibt.*

Die Einhaltung dieser Normativvorschrift ist *Gültigkeitserfordernis*, andererseits auch *genügend*, selbst wenn sogen. *Strohmänner* unterzeichnen. Gleichgültig ist nämlich, ob der Zeichner, der im eigenen Namen zeichnet, dies auch auf eigene Rechnung, oder auf Rechnung eines Dritten tut. Der Gesellschaft gegenüber ist der Strohmann der wahre Zeichner, ohne daß er sie auf seine Machtgeber verweisen kann [4]).

Einen bestimmten *Inhalt der Zeichnungserklärung* schreibt das OR. nur insoweit vor, als eine Bezugnahme auf den Statutenentwurf oder den Prospekt gefordert wird. Hier tritt die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Gründungen auf, die für das Erfordernis der Statutenfeststellung noch nicht gemacht wurde, der Simultan- und Sukzessivgründung. Prospektzwang gilt nämlich nach Abs. 3

[3]) *Schneider und Fick*, Anm. 6, Art. 615, *Lehmann-Ring*, § 189, Anm. 3, *Goldmann*, Anm. 8.

[4]) *Staub*, Anm. 12 zu § 182 und RG. in zahlreichen Entscheidungen. Das gleiche gilt für das schweiz. Recht, das auch auf dem Boden der Körperschaftstheorie steht.

des Art. 617 nur für die Sukzessivgründung, so daß bei der Simultangründung die Bezugnahme auf den Statutenentwurf allein genügt, bei Sukzessivgründung auch noch die Bezugnahme auf den Prospekt vorgeschrieben ist.

Das OR. verlangt jedenfalls nicht wie das deutsche Recht (HBG § 189), daß der Zeichnungsschein selbst einen bestimmten Inhalt aufweise, sondern begnügt sich mit einer Bezugnahme auf Dokumente, die unabhängig von der Zeichnungserklärung sind. Es ist auch zur Erfüllung der Normativvorschrift nicht erforderlich, daß diese Dokumente der Zeichnungserklärung beigefügt und zu ihrem Bestandteil erklärt werden.

Die Bezugnahme auf die Statuten, die schon der alte Art. 615, Abs. 2, enthalten hatte, wurde von der schweizerischen Gerichtspraxis dahin ausgelegt, daß die Zeichnung auch ohne eine solche Erklärung gültig sei, sofern nur die Erklärung selbst über Höhe, Art und Gesellschaft, an der die Beteiligung erfolgen soll, keine Zweifel läßt. Auch durch die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte wird der Mangel geheilt (BGE., Bd. *15*, 628; Bd. *33*, II, 161).

Eine ausdrückliche Bestimmung in gleicher Richtung enthält das deutsche HGB. (§ 189, Abs. 4), welches den Mangel für heilbar erklärt, sobald die Registrierung der A.-G. ungeachtet nichtiger Zeichnungen einmal erfolgt ist und der Zeichner sich in einer späteren GV. als Aktionär betätigt.

Angesichts der verschärften Normativvorschriften der Novelle von 1919 scheint uns diese Gerichtspraxis nicht mehr verwendbar. Die Statutenfeststellung hat durch die Novelle eine neue Bedeutung gewonnen, wie sie im vorigen § näher darzulegen versucht wurde. Sie hat nunmehr die Aufgabe, dem Zeichner und dem Publikum die Gründer bekannt zu geben und ihre Verantwortlichkeit festzulegen. Sie hat ferner die Gründer an den Wortlaut des Entwurfes zu binden und diesen dem Zeichner gegenüber ohne dessen Zustimmung unabänderlich zu gestalten. Unter diesen Umständen kann u. E. von einer Heilung der ursprünglichen Nichtigkeit der Zeichnung durch die Registrierung oder durch die Betätigung als Aktionär in der GV. umso weniger die Rede sein, als der schweiz. Gesetzgeber im direkten Gegensatz zum deutschen eine solche Heilbarkeit nicht statuiert.

Keine Normativbestimmungen bilden Abs. 1 und 2 des Art.

617 über die stillschweigende Bedingung jeder Zeichnung und über bedingte Zeichnungen überhaupt.

Nach Abs. 1 ist die Zeichnung an die stillschweigende Bedingung geknüpft, daß die A.-G. zustande komme. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Zeichner sich nur bindet unter der bestimmten Erwartung, daß die A.-G. überhaupt und daß sie innerhalb absehbarer Zeit zur Entstehung gelangt. Wir haben es somit hier mit einem notwendigen Korrelat der Bindung zu tun, somit mit einer Vorschrift, die schon aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich ergibt. Umso weniger kann in der Bestimmung des Abs. 2, Art. 617 eine Normativvorschrift erblickt werden, wonach eine bedingte Zeichnung nicht mitzählt, wenn für den Fall des Nichteintritts der Bedingung nicht eine zweite (unbedingte) Zeichnung vorliegt.

2. *Ausgesprochenen Normativcharakter hat hingegen der Prospektzwang bei Einladungen zur Aktienzeichnung (Abs. 3, Art. 617).*

Jede Einladung zur Aktienzeichnung muß durch einen von den Gründern unterzeichneten Prospekt erfolgen. Damit ist jede Sukzessivgründung unter Prospektzwang gestellt, nicht etwa nur diejenige, bei der eine *öffentliche* Zeichnung veranstaltet wird. Erst die Entwürfe 1923 und 1928 beschränken den Prospektzwang auf öffentliche Zeichnungen, also auf die Fälle, in denen an einen unbeschränkten Personenkreis appelliert wird. Sie gehen von der Erwägung aus, daß, wo die Deckung des Aktienkapitals sich im kleinen Kreise vollzieht (z. B. Familienaktiengesellschaft), die Zeichner in der Regel einen persönlichen Einblick in die maßgebenden Verhältnisse haben [5]). Die letzte Revision (1928) läßt es zu, von einem Prospekt Umgang zu nehmen, wenn im Zeichnungsschein selbst sowohl die Namen der Gründer als auch die sonst für den Prospekt geforderten Angaben aufgenommen werden (Art. 629, letzter Abs.).

*Historisch* liegt der Ursprung des Prospektzwanges in *England*, von wo aus er sich auf die anderen angelsächsischen Gebiete ausbreitete [6]). In Deutschland hat das Börsengesetz von 1896 den Prospektzwang für Börsenemissionen eingeführt, das im Kotierungsreglement des Basler Regierungsrates von 1897 eine Nachahmung

[5]) Revisionsbericht vom Dezember 1923, S. 33.

[6]) *Hofer*, Die Haftung der engl. Partnership, S. 10.

gefunden hat. Eine fast lückenlose Prospektzwangsgesetzgebung besitzt *Belgien* (loi sur les sociétés du 25 mai 1913). Eine Reihe anderer europäischer Staaten schreibt Prospektzwang wenigstens für Sukzessivgründung vor [7]). In diesem beschränkten Umfang verschaffte die Aktiennovelle von 1919 dem Prospektzwang auch in der Schweiz Eingang.

Auf die rechtliche Natur des Prospektes, die sehr umstritten ist, kann hier nicht näher eingegangen werden, da in diesem Zusammenhang vor allem der Normativcharakter des Prospektzwanges zu betrachten ist. Wir verweisen daher in Bezug auf die rein juristische Natur des Prospektes auf die Spezialliteratur, insbesondere auf *Jacobs* [8]) und *Jucker* [9]).

*Normativrechtlich kann der Prospektzwang des Art. 617 OR. umschrieben werden als die dem Begeber von Aktien kraft zwingenden Rechtssatzes auferlegte Verpflichtung, mit der Einladung zur Zeichnung gewisse, für den Zeichner wesentliche und vom Gesetz umschriebene Angaben zu veröffentlichen.*

Die funktionelle Aufgabe des Prospektzwanges wird verkannt, wenn man meint, die Statuten oder die GV. hätten die Schutzfunktion zu übernehmen, die dem Prospektzwang zugedacht ist [10]). Die Statuten können deshalb nicht als Ersatz des Prospektes betrachtet werden, weil ihre Publizität viel zu wenig weit reicht. Die GV. hingegen tritt zusammen, nachdem die Zeichnung bereits vollzogen ist.

Wie bereits hervorgehoben wurde, trifft der Prospektzwang nach dem abgeänderten Art. 617 alle Sukzessivgründungen, selbst wenn der von den Gründern nicht übernommene Rest in einem kleinen, den Gründern persönlich nahestehenden Kreise gezeichnet wird. Die Beschränkung des Prospektzwanges auf die öffentliche Zeichnung in

[7]) Rumänien (HGB. vom 1. I. 1887), Portugal (HGB. vom 9. I. 1889), Schweden (Gesetz vom 12. VIII. 1910), Norwegen (1. I. 1898), Bulgarien (19. IV. 1904).

[8]) *Jacobs*, Die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, 1904.

[9]) *Jucker*, Der Prospektzwang bei der Emission von Wertpapieren, Diss. Zürich 1924.

[10]) *Strombeck*, Ein Votum zur Reform der deutschen Aktiengesetzgebung 1874, S. 19; *Meyer Franz*, Zur Revision der Bestimmungen über die qualif. Gründung der A.-G., 1913, S. 22 f.

den Entwürfen 1923 und 1928 geht auf eine Anregung der schweizerischen Bankvereinigung zurück. Ob dies gegenüber der Novelle von 1919 einen Fortschritt bedeutet, bleibt noch fraglich, da die Zeichnung «in einem kleinen Kreise» gegen öffentlichere Zeichnungsarten schwer abzugrenzen ist und man es erlebt hat, daß man selbst in der Schweiz durch Demarcheure von Haus zu Haus Aktien zur Zeichnung angeboten hat.

Art. 617 schreibt für den Prospekt normativrechtlich einen festen obligatorischen Inhalt vor. Dieser Inhalt ist dreifach gegliedert. Er zerfällt: in Angaben über die rechtliche Organisation des Unternehmens (Art. 617, Abs. 4, Ziff. 1), über die Subscriptionsbedingungen (Ziff. 2—6) und über «die Grundlagen, nach denen der voraussichtliche Erfolg des Unternehmens beurteilt wird» (Ziff. 7).

A. *Ziffer 1* verlangt Aufschluß über den gesetzlich notwendigen *Inhalt der Statuten.* Es genügt somit nicht ein beliebiger Auszug aus dem Statut, sondern sämtliche Bestimmungen, welche gesetzlich notwendige Bestandteile des Statuts sind, müssen in den Prospekt aufgenommen werden. Von den gesetzlich notwendigen Bestimmungen zu unterscheiden, sind nicht nur die fakultativen, sondern auch solche, für deren Rechtsverbindlichkeit die Aufnahme in die Statuten notwendig ist. So gehören beispielsweise alle Angaben über nicht in bar geleistete Einlagen der Aktionäre, über an Zahlungsstatt zu überlassende Aktien und sonstige Gegenleistungen, sowie über Gründervorteile nicht zum gesetzlich notwendigen Inhalt der Statuten. Nur zur Rechtsverbindlichkeit solcher Bestimmungen ist die Aufnahme in die Statuten notwendig (Art. 616 und 619). Allein da die Zeichnung nicht nur auf den Prospekt, sondern noch außerdem auf den Statutenentwurf Bezug nehmen muß, so werden dem Zeichner auch Bestimmungen genannter Art nicht vorenthalten werden können, wenn die Gründer nicht riskieren wollen, daß eine nachträgliche Aufnahme derselben bei der konstituierenden GV. abgelehnt wird. Dazu würde der Widerspruch eines einzigen Zeichners genügen (Art. 618, Abs. 3).

Andererseits ist aber hervorzuheben, daß die Umstände, welche den Gesetzgeber dazu bewogen haben, die Aufnahme der gesetzlich notwendigen Statutsbestimmungen in den Prospekt zu verlangen,

trotzdem die Zeichnung auch auf die Statuten Bezug nehmen muß, nämlich die größere Publizität des Prospektes, ihn auch zur Aufnahme sämtlicher Bestimmungen über Sacheinlagen und Gründervorteile in den Prospekt hätten bestimmen sollen [11]).

B. *Ziffer 2—6* enthalten die *Subscriptionsbedingungen.* Um dieser Willen hätte der Prospektzwang nicht eingeführt werden müssen. Es sind dies nämlich technische Angaben, die bei der Emission auf dem Subscriptionswege sowohl für Emittent wie für Subscribent unentbehrlich sind und schon ohne Obligatorium in den Prospekten in ausreichendem Maße spezifiziert worden sind. Nichtsdestoweniger rechtfertigt sich die Einbeziehung auch dieser Daten in die gesetzlichen Prospektpunkte, damit in die Beziehungen zwischen Subscribent und Subscriptionsempfänger die wünschenswerte Sicherheit gebracht wird. Man kann die Subscriptionsbedingungen in drei Teile teilen:

a) Die *Subscription.* Darunter gehören: der Emissionskurs resp. Subscriptionskurs (Ziff. 3) und die Subscriptionsstellen (Ziff. 4). Die Angabe der Zeichnungsstellen ist für den Emittenten eine derartige Selbstverständlichkeit, daß sie vom schweizerischen Gesetzgeber wohl nur der Vollständigkeit halber verlangt wird, zumal das Emissionshaus die Tendenz besitzt, unter seine Unterschrift möglichst viele Zeichnungsstellen zu setzen, um so zwischen Subscription und Publikum eine größtmöglichste Berührungsfläche zu schaffen. Was den Subscriptionskurs betrifft, enthält sich der Gesetzgeber jeglicher Dispositionen über die zulässige Preisbestimmung. Nicht einmal die Frage wird beantwortet, ob eine *Unterpariemission* zulässig sei. Die Diskussion dieser Frage gehört nicht in den Rahmen dieser Betrachtungen, da sie mit Normativnormen nicht zusammenhängt. Jedenfalls sei angeführt, daß nach der ganzen Fassung der aktienrechtlichen Bestimmungen eine Unterpariemission unzulässig erscheint, wie sie z. B. im deutschen Recht ausdrücklich bestimmt ist (HGB. § 184). Das OR. verlangt nämlich, daß das *Nominalkapital* nicht nur gezeichnet (Art. 618, Abs. 1, 622, Abs. 1), sondern auch eingezahlt werde (Art. 636, 637, Abs. 7) [12]).

---

[11]) Vgl. Gutachten Rotpletz zum Entwurf 1919.

[12]) *Sträuli,* Z. schw. R., Bd. 14, S. 30, *Zimmermann,* Die Jahresbilanz, S. 96, *Schneider und Fick,* Bd. 2, S. 116.

b) Die *Zuteilung*, d. h. Annahme der Subscription. Ziff. 2 spricht nicht von der Zuteilungsfrist, was de lege ferenda wünschenswert wäre, sie verlangt aber jedenfalls die Festsetzung des Zeitpunktes, bis zu welchem die Zeichnung verbindlich ist. Die terminmäßige Begrenzung der Frist, innerhalb welcher die A.-G. zur Entstehung gelangt sein muß, wird durch diese Normativvorschrift zu einem Korrelat der Bindung des Zeichners gemacht.

c. *Die Liberierung.* In diese Kategorie gehören: Die Erwähnung der Einzahlungsstellen (Ziff. 6), der Einzahlungsquoten und -fristen. Die beiden letztern nennt Art. 617 nicht, da sie meist ausschließlich im Interesse des Emittenten selbst liegen.

C. *Ziffer 7* verlangt endlich Aufschluß über die Grundlagen, nach denen der *voraussichtliche Erfolg* des Unternehmens beurteilt wird. Dieser Prospektpunkt ist eine Schöpfung des schweizerischen Rechtes. Da die Prospekte meist in Versprechungen für die Zukunft nicht sparsam sind, sollen wenigstens die faktischen Grundlagen solcher Zukunftsaussichten und unter Gründerverantwortlichkeit spezifiziert werden, um dem Zeichner möglichst viele zuverlässige Bewertungsfaktoren an die Hand zu geben.

*So begrüßenswert diese Normativvorschrift ist, hat es ihr doch nicht an Widerspruch gefehlt, indem geltend gemacht wurde, sie verleite zur Schönfärberei, namentlich dort, wo positive Anhaltspunkte fehlen* [13]). Allein, wo keine Grundlagen zur Beurteilung der Rentabilitätsaussichten vorhanden sind, soll eben die Emission lieber unterbleiben, oder jedenfalls die Emittenten für ihre Angaben behaftet werden.

Was die Novelle von 1919 nicht vorsieht, ist die *Prüfung des Prospektinhaltes.* Auch die Revisionsentwürfe, die den Prospektzwang gleichfalls übernommen haben, lassen eine solche Prüfung vermissen. Es ist das umso auffallender, als man anfangs an die Schaffung einer zentralen Prospektprüfungsstelle gedacht hat. Der Grund war offenbar die Scheu vor der Vermehrung des eidgenössischen Verwaltungsapparates. Hingegen hat die Novelle 1919 und haben auch die Revisionsentwürfe 1923 und 1928 die Bestimmung aufgenommen, nach welcher der Prospekt der öffentlichen Urkunde

[13]) Vernehmlassung der Bankvereinigung, S. 30, *Egli*, Die Gründung der A.-G. im engl. Recht, § 36.

über die konstituierende GV. beizulegen ist (Art. 618, letzter Abs. OR., Entw. 1923: Art. 635, Entwurf 1928: Art. 652). Damit ist die Einreichung des Prospektes beim Handelsregister und die Aufbewahrung eines authentischen Prospektexemplares gesichert. Es ist von hier aus nur noch ein Schritt zu der Bestimmung, daß die eingereichten Prospekte im Handelsamtsblatt zu publizieren sind, nachdem der Registerführer festgestellt hat, daß der Prospekt formell den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

## § 16.

## DIE BESCHAFFUNG DER SACHLICHEN UNTERLAGEN.

Der Einfluß der Normativbestimmungen auf die Gründertätigkeit umfaßt nicht nur die Beschaffung des persönlichen, sondern auch die der sachlichen Unterlagen der A.-G. Dazu gehört das Grundkapital, das entweder durch Einzahlungen in bar aufgebracht oder ganz bezw. teilweise in Sachwerten eingebracht wird.

I. In dieser Richtung hin verlangt die Normativvorschrift des Art. 618 außer der *vollständigen* Zeichnung des Grundkapitals vor der Gesellschaftserrichtung auch noch, soweit Bareinlagen gemacht werden sollen, daß mindestens *20% auf jede Aktie* eingezahlt sind. Es ist somit bare Einzahlung nötig, was aber Zahlung durch Anweisung, Scheck, namentlich auch durch Verrechnung nicht ausschließt (HGE. in Z. schw. R., Bd. 1, No. 30, Bd. 2, No. 202, BGE., Bd. 26, II, S. 437) [1]. Andererseits ist aber gleichgültig, ob der Einzahlende für eigene oder fremde Rechnung zahlt, ob er das Geld aus seinem Vermögen nimmt, oder ob es ihm von Dritten dargeliehen wird. Es genügt nicht, daß die Gesamtsumme der Einzahlungen ein Fünftel des Aktienkapitals ausmacht, sondern «auf jede Aktie» muß ein Fünftel eingezahlt werden (vgl. auch Art. 622, Ziff. 2). Ein Her-

[1]) a. M. *Siegmund*, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins in Z. schw. R., Bd. 23 (1904), S. 717.

überziehen der von den einen gezahlten Beträge auf die Einzahlungspflicht der andern ist unstatthaft, selbst wenn die Gesamtsumme der Einzahlungen die 20 % des Grundkapitals erreichen sollte [2]). Hingegen wird nicht bestimmt, wem das Einheben der Zahlungen obliegt. Es ergibt sich aber aus dem Charakter des Einhebens, als einer Handlung, die für die entstehende Gesellschaft zum Zwecke ihrer Entstehung vorzunehmen ist, daß die Gründer als Organ der entstehenden Gesellschaft dazu berufen sind [3]). Ebensowenig bestimmt das Gesetz, in wessen Besitz und Verwahrung die eingezahlten Gelder zu verbleiben haben. Dem Sinne des Gesetzes kann u. E. nur entsprochen werden, wenn die Gelder so angelegt sind, daß sie für die verfügungsberechtigten Organe der A.-G., sobald diese gewählt sind, ohne weiteres disponibel sind. Die «Bescheinigung» des Art. 622, Ziff. 2 wird in der Regel von einer Bank vorgelegt, die bezeugt, daß der zu gründenden Gesellschaft auf einem ihr eröffneten Konto der Betrag von ein Fünftel des Grundkapitals gutgeschrieben sei. Die Bescheinigung wird aber nur ausreichen, wenn aus ihr zugleich hervorgeht, daß für jede gezeichnete Aktie ein Fünftel eingezahlt wurde.

II. Werden *Sacheinlagen* gemacht, so können die genannten Vorschriften nicht zur Anwendung gebracht werden. Eine Normativbestimmung, dahingehend, daß auch die Sacheinlagen vor der Gesellschaftserrichtung den Gründern oder einem andern Organ übergeben sein müßten, fehlt. Soweit daher Sacheinlagen stattfinden, braucht eine Erklärung über die Uebergabe nicht zu erfolgen, und es ist nicht ausgeschlossen, daß eine A.-G. in der Weise gegründet wird, daß nur Sacheinlagen stattfinden. Allerdings ist das Gesetz insoweit lückenhaft, als es nur eine aus Geld- und Sacheinlagen gemischte Gründung vorsieht, nicht eine solche, wo alle Aktionäre Sacheinlagen einbringen (Art. 619) [4]).

Werden neben Sacheinlagen Bareinlagen gemacht, oder müssen letztere gemacht werden, weil der Wert der Sacheinlagen das in Aussicht genommene Grundkapital nicht deckt [5]), so müssen für die

[2]) *Schneider und Fick*, Anm. 3 zu Art. 618.

[3]) *Fischer*, S. 115.

[4]) *Rehfuß*, S. 576, *Schneider und Fick*, Anm. 3 zu Art. 619.

[5]) *Rehfuß*, S. 577, *v. Waldkirch*, S. 610 f., *Siegmund*, 285.

nicht durch Sachapports gedeckten Einlagen Einzahlungen von ein Fünftel des Nominalbetrages erfolgen (BBl. 1900, Bd. 1, S. 403).

Bei der Apportgründung handelt es sich weder um Verkauf von Vermögenswerten vom Aktionär an die Gesellschaft für den Aktienbetrag, noch um Annahme dieser Vermögenswerte an Zahlungsstatt für eine vom Aktionär zu leistende Bareinlage. Diese Werte sind einfach auf das Grundkapital anzurechnen und der Aktionär schuldet seine Sacheinlage auf Grund einer der werdenden Gesellschaft abgegebenen Erklärung, die ein Bestandteil seiner Mitgliedschaftserklärung ist [6]). Die Normativbestimmung zum Schutze der Aktionäre und Gläubiger gegen die Unübersichtlichkeit solcher Einlagen ist dann auch entsprechend der Natur dieser Leistung eine rein *statutarische*. In den Statuten muß der auf die Sacheinlage anzurechnende Betrag genau festgesetzt und die Zahl der Aktien, die dem Einleger zugeteilt werden sollen, genau angegeben werden (Art. 619).

III. Die *Uebernahmsgründung* ist im Gegensatz zur Apportgründung von den Verpflichtungen des Aktionärs als solchen unabhängig. Der Vertrag kann Kauf-, Werkvertrag oder ein anderer zweiseitiger Vertrag sein. Er steht gleich der Aktienzeichnung unter der stillschweigenden Bedingung, daß die Gesellschaft zustande komme (Art. 617). Die Normativvorschrift des Art. 619 sieht hier genaue Festsetzung des Uebernahmspreises in den Statuten vor, und wenn der Veräußerer Aktionär ist, Festsetzung der Zahl der Aktien, die eventuell an Zahlungsstatt gegeben werden. Von der Einlage- (Apport-) Gründung unterscheidet sich die Uebernahmsgründung nicht nur dadurch, daß der Veräußerer nicht Aktionär zu sein braucht, sondern auch durch die Rechtsstellung des Veräußerers überhaupt. Ist er nämlich Aktionär, so ist er gleichwohl stimmberechtigt, da der Aktionär, der mit der Gesellschaft Verträge schließt, die der Zustimmung der GV. bedürfen, vom Stimmrecht nicht ausgeschlossen ist (Gegensatz zwischen Art. 640 OR. und Art. 68 ZGB.). Hingegen ist der Aktionär, welcher Sacheinlagen macht, gemäß Art. 619, Abs. 4, bei der Beschlußfassung über diese Einlage nicht stimmberechtigt.

---

[6]) *Lehmann-Ring*, § 186, No. 3, *Pinner*, S. 26; nicht ganz klar *Schneider und Fick*, Anm. 4 zu Art. 614.

*IV. Weit über die geltenden Bestimmungen hinaus gehen die Normativvorschriften der Entwürfe betreffend Apportgründungen.*

Der Entwurf 1919 verlangte bei solchen Gründungen einen *schriftlichen Bericht der Gründer* (nachgebildet dem deutschen HGB. § 191), der schon von Beginn der Zeichnungsfrist an in Original oder beglaubigter Vervielfältigung bei jeder Zeichnungsstelle zur Einsicht für den Aktienzeichner aufgelegt werden soll. In diesem Gründerbericht soll ausführlich über folgende Umstände Auskunft erteilt werden: Umfang und Zustand der eingebrachten Objekte, Angemessenheit der berechneten Wertansätze, Anzahl der übernommenen Aktien, die eine übliche Bankkommission übersteigenden Vorteile, die Ausstellung von Genußscheinen, sowie überhaupt die Begründung und Angemessenheit der gewährten Gründervorteile (Art. 700, Abs. 1 und 2).

In Anlehnung an das deutsche Institut der besonderen Prüfung des Gründungsherganges (§ 192 HGB.) sah der Entwurf 1919 ferner vor, daß auf Verlangen von Zeichnern, die mindestens ein Zehntel des Grundkapitals vertreten, die Beschlußfassung über die Genehmigung der Sacheinlagen und Gründervorteile ausgesetzt werden müsse, bis eine vom Richter des Sitzes der Unternehmung bezeichnete fachmännische Stelle über den Zustand und die Bewertung der zu übernehmenden Einlagen und Anlagen und die Angemessenheit der Gründervorteile ein Gutachten erstattet hat, das in einer zweiten GV. vorzutragen und gleichfalls schon zehn Tage vorher vervielfältigt zur Verfügung der Aktienzeichner zu halten sei (Art. 700, Abs. 3).

Die Bestimmungen betreffend den Gründerbericht sind in der Schweiz auf lebhaften Widerstand gestoßen. Der Wert eines solchen Berichtes wurde bezweifelt [7]). In der Tat darf seine Bedeutung nicht überschätzt werden, da in der Praxis auf solche Berichte wenig abgestellt und der ganze Gründungsvorgang als eine Vertrauenssache behandelt und daher zu einer Formalität herabgesetzt wird. Das kann aber für den Gesetzgeber kein Grund sein, von Sicherungsmaßnahmen Umgang zu nehmen, besonders zu Gunsten derjenigen, die den Wunsch und das Bedürfnis haben, sich vor der Aktienzeichnung sorgfältig über die Unterlagen der Gründung zu

[7]) Vgl. Revisionsbericht vom Dezember 1923, S. 32.

orientieren. Mit Recht hat daher der Entwurf 1923 und 1928 den *Gründerbericht* beibehalten. *Hingegen haben diese letzten Entwürfe die Normativvorschrift über die sachliche Ueberprüfung des Gründungsherganges wieder fallen lassen, gegen welche die Kritik am heftigsten eingesetzt hat.* Der so weitgehende Schutz einer Minderheit in einem Augenblick, da sie noch nicht gebunden ist, erschien übertrieben, zumal die Expertierung zu einer erheblichen Verschleppung führen müßte [8]). Man könnte mit diesem Standpunkt des Gesetzgebers einig gehen, wenn die Bewertungsvorschriften für Illationen kaufmännisch richtiger gefaßt werden sollten. Nach der üblichen kaufmännischen Bilanzierungsmethode müßten sämtliche Aktiven in der Eröffnungsbilanz einer A.-G. zu demselben Betrage wie in der Schlußbilanz des Vorbesitzers und Einlegers erscheinen, also zu dessen Selbstkostenpreisen. Hingegen müßte derjenige Betrag, den die Gesellschaft darüber hinaus gewährt, auf einem besonderen Konto (Geschäftserwerbs-, Illationskonto) dargestellt werden. Zur Zeit wird dieser Mehrwert fast immer versteckt, dadurch, daß man um den Mehrbetrag ein oder mehrere Einzelaktiven höher einsetzt, insbesonders Grundstücke [9]).

Würde man die hier empfohlene Bilanzierungsmethode einführen, so müßte die A.-G. den Geschäftsmehrwert auch in den Bilanzen aufzeigen, wodurch sie sich veranlaßt sehen würde, das Illationskonto auch ohne Gesetzesvorschrift aus dem Reingewinn zu tilgen, um es nicht immer wieder veröffentlichen zu müssen [10]).

*V. Ein weiteres Novum der Entwürfe ist die Normativvorschrift über die Aktiensperre.* Der Entwurf 1919 hat in Anlehnung an das französische Recht für jede Simultangründung eine zweijährige Aktiensperre verhängt in dem Sinne, daß vor Ablauf dieser Frist die Aktien nicht durch Veranstaltung einer öffentlichen Zeichnung oder an der Börse ausgeboten werden dürfen (Art. 703). Damit wurde ohne Zweifel über das Ziel hinausgeschossen. Das französische Gesetz vom 16. November 1903 kennt eine solche Sperre nur für Apportaktien, damit nicht durch Simultangründungen und späteres

[8]) Revisionsbericht zum Entwurf 1923, S. 33.

[9]) «Bank» 1911, S. 799.

[10]) Vgl. *Fischer*, Grundlagen der Bilanzwerte, S. 26 f.

Ausgebot die Kautelen umgangen werden, die dort für die Sukessivgründung aufgestellt sind.

Die spätern Entwürfe haben denn auch mit Recht die zweijährige Sperre beschränkt auf die Simultan-Apportgründung und verfügen, daß die Aktien einer solchen Gesellschaft überhaupt erst nach zwei Jahren ausgegeben werden dürfen. (1923: Art. 654, 1928: Art. 637).

II. Kapitel.

# Einfluß der Normativbestimmungen auf die Errichtung der Aktiengesellschaft.

## § 17.

## DER ERRICHTUNGSAKT.

Weder mit der Statutfeststellung, noch mit der Abgabe der Mitgliedschaftserklärung, deren integrierender Bestandteil die Kapital- oder Sacheinlageverpflichtung ist, ist die Körperschaftsbildung abgeschlossen. Vielmehr haben die Zeichner noch zu einer besonderen Versammlung zusammenzutreten, in der sie nach freiem Ermessen, obschon durch Mehrheitsbeschluß, darüber zu entscheiden haben, ob die A.-G. zustande kommen soll oder nicht. Erst durch diesen *konstitutiven Gesamtakt* wird die Körperschaft errichtet[1]). Es folgt dies aus der Natur der Verbandsperson.

*Hingegen sind die Formen, in welchen diese besondere Versammlung einzuberufen ist, zu verhandeln und ihre Beschlüsse zu fassen hat, normativrechtlicher Regelung fähig.* Davon hat der schweizerische Gesetzgeber in ausgiebigem Maße Gebrauch gemacht.

*Die Zusammenberufung* der konstituierenden GV. muß bereits unter Anwendung der statutarischen Bestimmungen über die Einberufung der GV. erfolgen. Die Bedingungen der Einberufung gehören zu dem gesetzlich notwendigen Statuteninhalt (Art. 616). Die Einberufung muß daher in der *Form* kundgegeben werden, in welcher die von der Gesellschaft auszugehenden Bekanntmachungen erfolgen (Art. 616, Ziff. 11). Der *Zweck* der Generalversammlung

[1]) *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 114 f., deutsches Privatrecht, Bd. 1, §§ 58, 63; *Kuntze*, Der Gesamtakt in Festgabe der Leipziger Universität für Müller (1892); *Kohler*, Lehrbuch, Bd. 1, S. 338; *Lehmann*, Bd. 1, S. 308; *Fischer*, S. 74.

muß bei der Berufung bekannt gemacht werden, aber auch die Tagesordnung, da über Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, keine Beschlüsse gefaßt werden können (Art. 646).

Aber auch das *Stimmrecht* der Aktionäre und die *Modalitäten* der Beschlußfassung unterstehen bereits bei der konstituierenden GV. den statutarischen Bestimmungen (Art. 620 und 616, Ziff. 8), obschon der Statutenentwurf erst an dieser G.-V. beraten und endgültig festgelegt zu werden hat. Kaum richtig dürfte die Ansicht sein [2]), daß nicht die Gesellschaft sich erst die in den Statuten sich darstellende Verfassung zu geben habe, sondern daß diese Verfassung bereits bestehe. Die Gründer stellen lediglich einen Statutenentwurf auf (Art. 625). Auch die Zeichnung (Beitrittserklärung) erfolgt mit Bezug auf diesen Entwurf (Art. 617 in fine). Erst der konstituierende Gesamtakt erhebt den Entwurf zum feststehenden Statut (Arg. aus Art. 618, letzter Absatz). Der Revisionsentwurf 1928 hebt denn auch richtigerweise besonders hervor:

> «Die Versammlung hat den der Aktienzeichnung zugrunde liegenden Statutenentwurf zu beraten und die Statuten festzusetzen» (Art. 633, letzter Abs.).

*Die Bestimmung des Art. 620 ist daher als eine Normativvorschrift aufzufassen und nicht als eine solche, die schon aus der Natur der Sache fließt.*

*Normativrechtlich ist ferner das Erfordernis einer Reihe von Vorbeschlüssen, der sogen. Konstituierungsbeschlüsse.* So muß gemäß Art. 618, Abs. 1, durch besonderen Beschluß konstatiert werden:

1. Die *vollständige Zeichnung* des Grundkapitals. Es kommt vor, daß in den Statuten ein Maximalkapital in Aussicht genommen ist, bezw. daß zum voraus die Erhöhung des Anfangskapitals auf einen bestimmten Betrag vorgesehen ist, indem der Verwaltungsrat befugt wird, mit einem Male oder sukzessive die Kapitalserhöhung durchzuführen. Naturgemäß kann es sich bei unserem Feststellungsbeschluß nur um Konstatierung der Vollzeichnung des tatsächlich ausgegebenen Betrages des Grundkapitals handeln.

---

[2]) *Schneider und Fick*, Art. 618, No. 2.

2. Die *Bareinzahlung von mindestens 20 %* auf jede Aktie. Ist statutarisch ein höherer Betrag festgesetzt, so kommt naturgemäß dieser in Betracht.

3. Bei *Einlagen in natura* oder Uebernahmen, sowie bei Ausbedingung besonderer Vorteile zu Gunsten von Aktionären oder Gründern sind für den Feststellungsbeschluß besondere Qualifikationen gefordert, die zu einer starken Beteiligung der Aktionäre an der konstituierenden GV. zwingen. Es wird dies durch das Quorumprinzip zu erreichen gesucht. Die Mehrheit muß mindestens einen Viertel der sämtlichen Aktionäre umfassen und der Betrag ihrer Anteile mindestens einen Viertel des gesamten Grundkapitals darstellen. Der Gesetzgeber hat sich damit noch nicht begnügt. Er hat die Beschlußfassung noch weiter in doppelter Richtung verschärft. Einmal hat er für diese Abstimmung das *Virilprinzip* aufgestellt: jeder anwesende oder gehörig vertretene Aktienzeichner hat nur *eine* Stimme, mag er noch so viele Aktien besitzen. Sodann sind *Stimmrechtsbeschränkungen* aufgenommen: jeder Apporteur, sowie jeder Gesellschafter, der sich besondere Vorteile ausbedingt, hat bei der Beschlußfassung kein Stimmrecht.

Mit diesen dreifachen Abstimmungskautelen glaubte der Gesetzgeber nach dem Vorgang des französischen und deutschen Rechtes, einen besonders wirksamen Schutz gegen Uebervorteilungen und Gründungsschwindel geschaffen zu haben. Allein die Vorschriften verstoßen gegen einen der wichtigsten Leitsätze der Gesetzgebung, daß keine Bestimmungen aufgestellt werden sollen, zu deren Umgehung geschritten werden muß, wenn einem legitimen Bedürfnis im Wirtschaftsleben genügt werden soll.

Die Vorschrift des Art. 619 *muß* umgangen werden, wenn der Wert der Sacheinlage drei Viertel des gesamten Aktienkapitals übersteigt, da ja nicht genügend stimmberechtigte Barzeichner vorhanden sind, um die geforderte Mehrheit der Zustimmenden zu bilden. Dabei kann es sich in solchen Fällen um ganz legitime Gründungen handeln, z. B. um eine Umwandlung von Einzelfirmen, Kollektivgesellschaften usw. Unter der Herrschaft des geltenden Rechtes bleibt in solchen Fällen nichts anderes übrig, als die Zuflucht zu Strohmännern zu nehmen oder zu Gefälligkeitszeichnern [3]). Man

[3]) *Gampert*, in Z. schw. R., Bd. 23 (1904), S. 718.

umgeht auch in der Weise die Bestimmungen, daß die Apports der einzelnen Aktionäre, auch wenn diese Apports sachlich zusammengehören, für jeden Apportanten für sich abgestimmt wird und so die Mitapportanten stimmfähig bleiben.

Schon der Entwurf 1923 ist daher mit Recht von dieser nutzlosen Erschwerung abgekommen. Er hat auch die Virilstimmen als sachlich nicht gerechtfertigt gestrichen, «weil es im Stadium der Gründung, wie die Erfahrung lehrt, gar keine schutzbedürftigen Minderheitsinteressen gibt» [4]). Er ist dazu gelangt, die Bestimmungen über Sacheinlagen, Uebernahmen und Gründervorteile lediglich einer besonderen Genehmigung durch die Generalversammlung zu unterstellen und eine qualifizierte Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen vorzuschreiben (drei Viertel, Art. 651). Er konnte dies umso mehr, als er im bereits erwähnten Erfordernis des Gründerberichtes und der Aktiensperre neue Kautelen gegen Schwindelgründungen geschaffen hat. Auf demselben Standpunkt steht der Entwurf 1928 (Art. 634).

Nach den Feststellungsbeschlüssen ist der eigentliche Errichtungsbeschluß zu fassen durch Festsetzung der Statuten. Darüber enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung. Sie folgt aber aus dem Wesen der Sache, wie bereits oben ausgeführt wurde. Im übrigen ist diese Beschlußfassung essentieller Natur und hat daher nicht den Charakter einer Normativvorschrift.

*Normativcharakter hat hingegen die Bestimmung, daß die Organisation der Gesellschaft vor der Registrierung völlig abgeschlossen sein müsse.* Art. 622, Ziff. 3 verlangt, daß vor Eintragung der Nachweis der Besetzung von Verwaltung und Kontrollstelle geleistet werde. Nach Art. 649, Abs. 4 kann allerdings die Verwaltung erstmals durch die Statuten bezeichnet werden. Für die Kontrollstelle ist aber diese Ausnahme nirgends vorgesehen. Sie muß deshalb nach Art. 644, Abs. 3, Ziff. 1 (vgl. auch Art. 659) durch die GV. bestellt werden. Es wird hiefür für alle Fälle eine «konstituierende» GV. notwendig sein.

Im Gegensatz zum Verein (ZGB., Art. 60) gilt die A.-G. nicht als errichtet, sobald nicht ihre Organisation in der genannten Art zum Abschluß gekommen ist. *Da diese Bestimmung nicht aus der*

[4]) Revisionsbericht 1923, S. 35.

*Natur der A.-G. fließt, vielmehr Rechtsfähigkeit derselben und Handlungsfähigkeit verschiedene Momente darstellen, haben wir in der erschwerenden Bestimmung eine Normativvorschrift zu erblicken, die der A.-G. ihre sofortige volle Lebensfähigkeit sichern will, um den Uebergang der Verantwortlichkeiten von den Gründern auf die Organe der konstituierten Gesellschaft sich ohne Zwischenraum vollziehen zu lassen.* Art. 621, Ziff. 8 fordert sogar, daß auch die durch den Verwaltungsrat bestellten Vertreter gleichzeitig angemeldet werden. Ebenso Art. 704, Entw. 1919, der auch die Beifügung des Protokolls des Verwaltungsrates fordert, das über die Bestellung Aufschluß gibt.

*Eine weitere Normativvorschrift liegt in der von der Novelle 1919 eingefügten Bestimmung des Art. 618, Abs. 4 und 5, daß den Beschlußfassungen der konstituierenden Versammlung eine öffentliche Urkundsperson beiwohnen müsse und daß über diese Beschlüsse in allen Fällen (auch bei Simultangründungen) eine öffentliche Urkunde zu errichten sei.* Dadurch soll eine Gewähr geschaffen werden, daß der Verlauf der GV. den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend sich gestalte, ferner soll eine authentische Feststellung der Vorgänge vorliegen, auf welche das Prüfungsrecht des Handelsregisterführers sich zu erstrecken hat.

Die öffentliche Urkunde muß daher über die Einhaltung sämtlicher Vorschriften Auskunft geben, insbesondere über die Konstatierungsbeschlüsse des Art. 618, die einzeln zu verurkunden sind mit den Angaben, welche ersehen lassen, ob bei diesen Beschlußfassungen die statutarischen Bestimmungen (Art. 616, Ziff. 9) eingehalten worden sind, die nach Analogie des Art. 620 bereits für alle Vorgänge auf der konstituierenden GV. die Norm bilden [5]).

Bei Verurkundung der Beschlußfassungen über Einlagen, Uebernahmen und Gründervorteile wird die namentliche Abstimmung zu spezifizieren sein, um erkennen zu lassen, ob die Normativvorschriften über Quorum, Stimmausschuß und Virilabstimmung eingehalten worden sind.

Die definitive Festsetzung des Statuts hat gleichfalls durch eine Beschlußfassung zu erfolgen, für die der Statutenentwurf bereits die

---

[5]) *Senn*, Z. des bern. Juristenvereins, Bd. 39, S. 377 f.
*Schneider und Fick*, Art. 618, No. 2.

Norm bildet, während wesentliche Aenderungen des Entwurfes nur mit Zustimmung sämtlicher an der GV. vertretener Zeichner getroffen werden können (Art. 618, Abs. 3). Diese Aenderungen sind in der öffentlichen Urkunde zu vermerken. Was als wesentliche Aenderung der Einstimmigkeit bedarf, muß der Prüfung im einzelnen Falle überlassen bleiben und kann ev. zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung gemacht werden. Schließlich sind der öffentlichen Urkunde beizulegen: der Statutenentwurf, der unterzeichnete Prospekt und die von der GV. genehmigten Statuten (Art. 618, letzter Abs.).

## § 18.

## DIE ANMELDUNGSPFLICHT.

Mit der Konstituierung ist die Rechtspersönlichkeit der A.-G. noch nicht geschaffen, somit die Gründung noch nicht beendet. Es muß noch ein letzter Akt hinzukommen, die *Eintragung in das Handelsregister.* Allein die Registrierung selbst ist keine Förmlichkeit des Rechtsgeschäftes, sondern eine einseitige Amtshandlung, bei welcher jede Mitwirkung der Parteien ausgeschlossen ist.

Hingegen ist die Anmeldung zum Handelsregister noch eine *Gründungshandlung* (BGE., Bd. *33*, II, S. 256). Die Anmeldungspflicht trifft jedoch nicht mehr die Gründer selbst, sondern sämtliche Mitglieder der Verwaltung (Art. 622, Abs. 2). Die Gründer sind nur dann für diesen Akt mitverantwortlich, wenn sie wissentlich dazu beitragen, daß die Eintragung der A.-G. auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde vorgenommen worden ist, welche tatsächlich unwahre Angaben enthält (Art. 671, Ziff. 3).

Die *Anmeldepflicht* bedeutet aber nicht etwa, daß das Handelsregister die Eintragung erzwingen kann. Der Staat hat kein Interesse daran, in Bildung begriffene Gesellschaften der Entstehung zuzutreiben. Dagegen sind die Mitglieder der Verwaltung der Gesell-

schaft gegenüber zur Vornahme der Eintragung verpflichtet [1]). Die Versäumnis der Pflicht macht sie schadenersatzpflichtig (Art. 860). Auch wird sie die nach Art. 623, Abs. 2 allenfalls treffende persönliche und solidarische Haftbarkeit zur Eintragung der Gesellschaft veranlassen. Die Anmeldungspflicht trifft sämtliche Mitglieder des Vorstandes ad personam, nicht das Organ als solches. Die einzelnen Mitglieder haben demgemäß gegeneinander Anspruch auf Mitwirkung bei diesem Akt.

Ueber die Form bestimmt Art. 622, Abs. 2, daß die Anmeldung in beglaubigter Form eingereicht werden muß, wenn die Mitglieder der Verwaltung nicht persönlich vor der Registerbehörde unterzeichnen. Die Anmeldung muß *belegt* sein (Art. 622, letzter Abs.) durch die öffentliche Urkunde und die zu ihr gehörigen Grundlagen, somit gemäß Art. 618, letzter Abs. durch den Statutenentwurf, den Prospekt und die von der GV. genehmigten Statuten. Außerdem sind noch gemäß Art. 622, Abs. 1 beizulegen:

1. die Bescheinigung, daß der gesamte Betrag des Grundkapitals durch Unterschriften gedeckt ist;
2. die Bescheinigung, daß mindestens 20 % des von jedem Aktionär gezeichneten Betrages wirklich eingezahlt sind;
3. der Nachweis, daß die Verwaltung und Kontrollstelle besetzt sei;
4. betreffenden Falles die vorschriftsmäßig abgefaßte Urkunde über die in den Art. 618 und 619 bezeichneten Beschlüsse der GV.

Die Registerpraxis begnügt sich freilich auch mit Bezug auf diese Nachweise mit der öffentlichen Beurkundung der Konstatierungsbeschlüsse [2]), was kaum dem Sinn des Gesetzes entsprechen dürfte. Die Urkundsperson (der Notar) ist zur Anmeldung nicht berechtigt, da dieselbe eben von sämtlichen Mitgliedern der Verwaltung ausgehen muß, die sie zu unterzeichnen haben. Der Notar kann freilich von seinem Bureau aus die Einreichung beim Registeramt besorgen.

*Gegenstand* der Anmeldung sind nach Art. 621 die Statuten der Gesellschaft. Die Eintragung der Statuten bedeutet aber die Eintra-

[1]) *Schneider und Fick*, Art. 621, No. 1, *Staub*, § 195, Anm. 24.
[2]) *Schneider und Fick*, Art. 622, No. 1.

gung der Gesellschaft selbst (Art. 623). Genauer ist in dieser Richtung die Fassung der Entwürfe (Entw. 1919, Art. 704, Entw. 1923, Art. 754, Entw. 1928, Art. 638). *Ort* der Anmeldung ist der Sitz (die Hauptniederlassung) der Gesellschaft (Art. 865, Abs. 2).

Mit der Anmeldung ist der letzte von den Normativvorschriften der Entstehung und Errichtung beherrschte Akt der Gesellschaftsbildung vollendet.

III. Kapitel.

# Die Überprüfung des Gründungsherganges.

## § 19.

## DIE KONTROLLE DER REGISTERBEHÖRDE.

Es wurde bereits hervorgehoben, daß die Registrierung keine Förmlichkeit des Rechtsgeschäftes selbst ist, sondern eine Amtshandlung, deren Zweck es ist, das gesamte vorgelegte Material einer gewissen Prüfung zu unterziehen, um zu konstatieren, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, die für eine Eintragung ins Handelsregister gefordert werden. Andererseits besagt schon der Charakter der Registerbehörde in der Schweiz als einer reinen Verwaltungsbehörde, daß eine wirkliche causae cognitio, eine Untersuchung, ob die Angaben der vorgelegten Nachweise mit der objektiven Wahrheit übereinstimmen, nicht stattfindet.

Wie weit die Prüfungspflicht des Registerführers zu gehen hat, ist gesetzlich nicht bestimmt [1]). Nach der Praxis des Bundesrates ist die Prüfung in der Hauptsache eine *formelle;* sie kann in gewissen Beziehungen auch eine *materielle* sein. Das schweizerische Handelsregisterbureau gab seiner diesbezüglichen Anschauung folgenden Ausdruck:

«Eine Pflicht zur Prüfung der Statuten von Aktiengesellschaften und Genossenschaften besteht für die Registerführer allerdings nur insoweit, als es sich um den notwendigen Inhalt der Statuten handelt. Zum Zwecke dieser Prüfung werden aber die Statuten in der Regel vollständig durchgesehen werden müssen. Wenn nun hierbei Bestimmungen gefunden werden, die sich mit den Vorschriften des

[1]) Vgl. *Siegmund,* Handbuch für d. schweiz. Handelsregisterführer, S. 277 f.

Gesetzes im Widerspruch befinden, so hat der Registerführer nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, die Eintragung zu verweigern. Denn einerseits darf eine Behörde, welche über die richtige Anwendung eines Gesetzes zu wachen hat, eine Mißachtung dieses selben Gesetzes nicht gewissermaßen dadurch sanktionieren, daß sie über diese stillschweigend hinweggeht, wenn sie ihr bei Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt wird. Anderseits können solche Gesetzwidrigkeiten bei Gründung einer Gesellschaft von keiner andern Behörde in Erfahrung gebracht werden, als gerade von den Registerbehörden».

Der Registerführer hat auf Grund der ihm vorliegenden Belege zu untersuchen, ob dem Gesetz Genüge geschehen sei und widrigenfalls die Eintragung und Veröffentlichung zu verweigern. Aber seine Pflicht erschöpft sich damit keineswegs. So liegt dem Registerführer ob, die Eintragung zu versagen, wenn der Zweck einer Gesellschaft widerrechtlich oder unsittlich wäre. Er hat die Befolgung eidgenössischer und kantonaler Vorschriften zu kontrollieren und ist berechtigt, Statuten und Beschlüsse, die ihm gesetzwidrig erscheinen, zu beanstanden [2]). Schließlich kann er die Eintragung notorisch falscher Tatsachen verweigern (Rekursentscheid vom 25. März 1886) [3]).

Die *Ueberprüfung* der Gründungshergänge durch das Registeramt umfaßt in diesem Sinne folgendes:

1. *Prüfung der Statuten.* Dem Registerführer liegt sowohl der Statutenentwurf der Gründer vor (Art. 622, Abs. 3) als auch das endgültige von der GV. genehmigte Statut (Art. 618 in fine). Naturgemäß hat der Registerführer das endgültige Statut auf seinen gesetzlich notwendigen Inhalt zu prüfen (Art. 616, Ziff. 1—11). Darüber hinaus hat er bei Apports, Uebernahmen und Gründervorteilen die Ersichtlichmachung des genauen Uebernahmspreises in den Statuten zu kontrollieren, die Angabe der Zahl der Aktien, die an Zahlungsstatt übernommen werden und die Festsetzung jedes besonderen Vorteils, sei es zu Gunsten eines Aktionärs oder eines anderen bei der Gründung Beteiligten (Art. 619). Solche Bestimmungen sind zwar nicht gesetzlich notwendiger Inhalt des Statuts, müssen aber zur Erlangung der Rechtsverbindlichkeit statutarisch

[2]) BBl. 1891, Bd. 2, S. 582, 1897, Bd. 1, S. 147.
[3]) *Siegmund*, S. 41.

festgelegt sein und ihre Kontrolle ist umso notwendiger, als sie nunmehr auch der Publikation unterliegen (Art. 621, Ziff. 7).

Hingegen dürften Mängel des Statutenentwurfes die Registrierung nicht hindern, wenn sie durch das endgültige Statut als beseitigt anzusehen sind. Gegenstand der Eintragung sind nämlich die Statuten (Art. 621) und nicht der Entwurf. Es steht dem Registerführer sogar kein Urteil darüber zu, ob der Statutenänderungsbeschluß, der in der konstituierenden GV. gefaßt wurde, in Gemäßheit der Statuten gefaßt sei oder nicht [4]). Andererseits darf er *gesetzwidrige* Beschlüsse nicht dulden. Sollten also Aenderungen des Statutenentwurfes, die dessen wesentliche Mängel beseitigen, nicht durch Stimmeneinhelligkeit zustande gekommen sein (Art. 618, Abs. 3), so müßte der Registerführer die Statuten als gesetzwidrig zurückweisen. Insoweit unterliegt mittelbar auch der Statutenentwurf seiner Nachprüfung.

2. *Prüfung des Prospektes.* In dieser Richtung wurde bereits hervorgehoben, daß der Prospekt wohl der Registerbehörde vorzulegen (Art. 618 in fine), daß aber eine Ueberprüfung durch die Registerbehörde nicht vorgesehen sei. Die einzige Sanktion ist die Gründerverantwortlichkeit.

3. *Prüfung der Zeichnungen.* Nach Art. 622, Ziff. 1 werden dem Registerführer nicht die Zeichnungen der Aktionäre vorgelegt. Er hat also keine Prüfungsmöglichkeit und somit auch keine Prüfungspflicht in Bezug auf die Legalität dieser Zeichnungen. Ja, er wäre berechtigt, eine solche Prüfung, wenn sie ihm von einer Gesellschaft zugemutet werden sollte, abzulehnen [5]). Was ihm vorliegt, ist nur eine Bescheinigung, daß der Gesamtbetrag des Grundkapitals durch Unterschriften gedeckt ist und diese Bescheinigung bildet — nach der Praxis — eben die öffentliche Urkunde über die konstituierende GV. Es findet also keine Ueberprüfung statt, ob in den Zeichnungsscheinen auf Prospekt und Statuten Bezug genommen wurde, ob die Zeichnung nicht unter Bedingungen vollzogen wurde u. dgl. m.

Da auch der Urkundsperson, die bei der GV. fungiert, die Zeichnungsscheine nicht vorgelegt werden müssen, so fehlt den diesbezüglichen Normativvorschriften jede Kontrollinstanz.

---

[4]) BBl. 1885, Bd. 2, S. 281.

[5]) *Siegmund*, S. 288.

4. *Prüfung der Einzahlungen.* Auch in dieser Richtung begnügt sich die Registerpraxis mit der in der öffentlichen Urkunde bekundeten Beschlußfassung statt des «Nachweises». Aber selbst wenn der Nachweis vorgelegt werden sollte, hat der Registerführer in keine materielle Prüfung der Einzahlungen einzugehen. Ebensowenig liegt ihm eine Prüfung der Einlage- oder Uebernahmsverträge ob [6]). Die Umgehung des Gesetzes ist in dieser Hinsicht wirklich nicht schwer. Es fehlt die wirksame Prohibitivsanktion. Nur die Repressivsanktion, die Gründerverantwortlichkeit bleibt noch übrig. Daß aber Repressivsanktionen oft zu spät kommen, bedarf keiner nähern Ausführung.

5. *Prüfung der Beschlüsse der konstituierenden GV.* Am wirksamsten ist noch die Ueberprüfung der Vorgänge an der konstituierenden GV. Die einzelnen Beschlußfassungen über die Vollzeichnung des Grundkapitals, die Einzahlungen, die Statutsfestlegung und die Wahlgeschäfte müssen nämlich gesondert in der öffentlichen Urkunde verurkundet sein, wobei auch der Abstimmungsmodus zu vermerken ist. Es sind dies aber auch reine Formalien, deren Einhaltung ohnehin schon die Beteiligung der Urkundsperson bei der GV. sichern dürfte.

Die Prüfung der errichteten, zur Eintragung angemeldeten A.-G. durch das Registeramt soll eine Gewähr dafür schaffen, daß alle Bedingungen, die das Gesetz für die Errichtung vorschreibt und die zum großen Teile Normativvorschriften bilden, erfüllt sind. Daß die Prüfung in der Hauptsache eine formelle ist, hat zur Folge, daß die Geltendmachung materieller Mängel den Interessenten überlassen wird, wie noch näher auszuführen sein wird.

Die Feststellung, daß die Bedingungen für die Errichtung der A.-G. formell erfüllt sind, kommt in der vom Registerführer verfügten *Eintragung* zum Ausdruck. Es kann allerdings auch geschehen, daß infolge Versehens des Handelsregisterführers die A.-G., obwohl sie auf einer mangelhaften Grundlage beruht, eingetragen wird. Die konsequente Folge müßte sein, daß trotz der Eintragung eine solche Gesellschaft *nicht* existent geworden ist. Der begangene Fehler müßte demgemäß durch Löschen der Eintragung richtiggestellt und der Scheinexistenz der Gesellschaft ein Ende gemacht werden. Dieser

[6]) *Schneider und Fick*, Art. 622, No. 2, Art. 618, No. 3.

Forderung des Prinzips widerstreiten jedoch die Bedürfnisse des Verkehrs. Dessen Sicherheit würde erheblich gefährdet sein, wenn die Eintragung der Gesellschaft wegen Mangels einer Eintragungsbedingung jederzeit wieder gelöscht werden könnte. Die Bestimmung des Art. 623, wonach die A.-G. mit der Eintragung Persönlichkeit erwirbt, wird denn auch so aufgefaßt, daß mit der Eintragung die juristische Person auch dann entsteht, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden sind [7]). Darnach sinken die Vorschriften der Art. 621 und 622 zu Ordnungsvorschriften herab, die mit der konstitutiven Bedeutung der Eintragung nichts zu tun haben. Die Nichtbeachtung derselben kann nicht zum Gegenstand einer Zivilklage auf Nichtigkeit der Gesellschaft oder auf Ergänzung der Mängel der Eintragung gemacht werden. Ebensowenig kann im Wege einer Beschwerde gegen den Registerführer die Löschung der Gesellschaft oder Ergänzung des Handelsregisterverfahrens erreicht werden, sobald der Registereintrag formelle Rechtskraft erlangt hat (BGE., Bd. 15, S. 628; Bd. 33, II, S. 161; HGE., Bd. 6, S. 347).

## § 20.

## DIE ÜBERPRÜFUNG DURCH DEN RICHTER.

Wir haben im Vorstehenden darauf hingewiesen, daß die Normativvorschriften in dem Sinne zwingendes Recht bilden, daß sie durch Parteiwillen nicht abgeändert werden können und daß die Registerbehörde deren Erfüllung zu prüfen, bezw. mangels derselben die Eintragung zu verweigern hat. Allein der Formalakt der Eintragung äußert die Wirkung: die Gesellschaft erlangt rechtliche Persönlichkeit. Der Verstoß ist durch die Eintragung geheilt. Das Gesetz bestimmt weder ausdrücklich die Folge der Nichtigkeit, noch ergibt sich dieselbe aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften.

In einem Falle, da weder eine vollständige Zeichnung des Aktienkapitals vorlag, noch eine Einzahlung der 20 % des Grundkapitals, entschied das Bundesgericht, daß die Eintragung diese Mängel

[7]) *Schneider und Fick*, Art. 623, No. 3, Revisionsbericht 1919, S. 106.

geheilt hat und wies die Einrede der Gründermängel des Aktionärs, der auf Einzahlung der gezeichneten Beträge von der A.-G. eingeklagt war, zurück. Es hob dabei insbesondere hervor, daß Art. 615 (in der alten Fassung vor der Novelle 1919) so zu denken sei, daß selbst eine Zeichnung ohne Bezugnahme auf die Statuten durch Teilnahme des Zeichners an der GV. geheilt wird (BGE., Bd. *33*, II, S. 161, Erw. 1). Das Bundesgericht ging dabei von der Erwägung aus, daß die Normen über die A.-G. dem deutschen Aktiengesetz von 1870 nachgebildet seien und gleich diesem Gesetz keine Sanktion der Nichtigkeit kennen, sobald der Eintrag einmal erfolgt ist und der Zeichner sich in der konstituierenden oder einer späteren GV. als Aktionär betätigt hat.

Diesem Standpunkt ist insofern zuzustimmen, daß das Gesetz offenbar im Interesse der Verkehrssicherheit nicht zulassen wollte, daß eine A.-G. eventuell erst nach Jahren als nichtig rückgängig gemacht wird, was eo ipso eine Nichtigkeit sämtlicher durch sie abgeschlossenen Geschäfte zur Folge haben müßte und sicherlich eine Verwirrung in den Rechtsverhältnissen herbeiführen würde, die weit über die Bedeutung der unterlaufenen Gründungsmängel hinausgehen könnte. Hingegen dürfte die Abhängigmachung der Konvalidierung von Gründungsmängeln nach vollzogener Eintragung von dem Umstande, ob der anfechtende Aktionär bei der GV. mitgewirkt habe oder nicht, kaum richtig sein. In dem zitierten Falle hat ein Aktionär seine Zeichnung nachträglich angefochten, und das Argument, daß der gleiche Aktionär durch Ausübung seiner Aktionärrechte den Anfechtungsanspruch verwirkt hätte, ist aus dem deutschen Recht geschöpft (HGB. § 189, Abs. 4). Es kann jedoch für den Bereich des schweiz. Rechtes nicht ohne weiteres verwertet werden, weil es nicht einfach aus dem Wesen der Sache fließt.

Die Normativvorschriften bei der A.-G. sind, wie der gleiche Entscheid des Bundesgerichtes ausdrücklich betont, zwingendes Recht. Verstöße gegen zwingendes Recht rufen Nichtigkeit des Aktes hervor (OR. Art. 20), nicht etwa bloße Anfechtung. Ein nichtiges Geschäft kann aber nicht durch Parteianerkennung konvalidieren (im Gegensatz zu einem bloß anfechtbaren). Die Konvalidierung tritt ein durch Eintrag, d. i. durch einen amtlichen Formalakt kraft Gesetzes (Art. 623), nicht durch faktische Ausübung der Aktionärrechte. Damit letzteres ermöglicht werde, müßte wie im deut-

schen Recht eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Heilung der Nichtigkeit durch Ausübung von Aktionärrechten erklären. In Ermangelung einer solchen kann nur auf die Interpretation des Art. 623 verwiesen werden, dem allgemein der Sinn beigelegt wird, daß mit dem Eintrag sämtliche Verstöße gegen die Normativvorschriften der Gründung geheilt werden [1]).

Erst der Entwurf 1928 läßt nach dem Vorbild des neueren deutschen Rechtes (HGB. § 309) eine Klage auf Auflösung einer bereits eingetragenen Gesellschaft zu (Art. 642). Der Revisionsbericht hebt aber ausdrücklich hervor, daß mit der weitgehenden Zulassung der Anfechtbarkeit des Gründungsvorganges im Auslande keine sehr ermutigenden Erfahrungen gemacht wurden [2]). Die Expertenkommission hat daher keine Nichtigkeitsklage vorgesehen, die ja eine Nichtigkeit aller durch die A.-G. getätigten Geschäfte nach sich ziehen würde, sondern lediglich eine Anfechtungsklage. Diese wurde auf die Fälle beschränkt, in welchen durch die Gründungsmängel die Interessen der klageberechtigten Gläubiger oder Aktionäre in erheblichem Maße verletzt oder gefährdet werden. Im übrigen wurde die Klagefrist auf die kurze Spanne von zwei Monaten beschränkt.

Es bleibt nach geltendem Recht nur noch übrig, die Frage zu beantworten, was Rechtens ist, wenn die A.-G. eingetragen wurde, trotzdem wesentliche Erfordernisse dieser Gesellschaftsform fehlen (essentialia negotii). Zu den essentialia negotii gehört nach allgemeinen Grundsätzen und Art. 612, 627, Abs. 2: Firma und Sitz der Gesellschaft, die Höhe des Grundkapitals und die Anzahl der Aktien. Die Beantwortung der Frage, ob in diesem Falle eine Nichtigkeitsklage zulässig sei, gehört nicht in den Rahmen dieser Betrachtungen, da es sich in diesem Falle *nicht um Normativvorschriften*, sondern im Gegenteil um solche handelt, die schon aus der Natur des Rechtsgeschäftes fließen.

Es sei daher prinzipiell bemerkt, daß die Eintragung keinesfalls die Mängel eines solchen Gebildes heilen kann. Die Nichtigkeit ergreift hier die wesentlichen Bestandteile der Rechtspersönlichkeit

[1]) Die späteren Entwürfe heben diese Wirkung sogar ausdrücklich hervor: *Entw.* 1919, Art. 706, *Entw.* 1923, Art. 658, *Entw.* 1928, Art. 642.

[2]) Botschaft vom 21. Februar 1928, S. 27.

und hindert absolut ihr Existentwerden [3]). Es bleibt aber der Untersuchung im Einzelfall vorbehalten, ob nicht gewisse Mängel durch nachträgliche Beschlußfassung der GV. behoben werden können und ob die Klage nicht auch auf Behebung der Mängel gerichtet werden kann.

## § 21.

## DIE HAFTUNG BEI NICHTBEACHTUNG VON NORMATIVBESTIMMUNGEN.

Der Gesetzgeber hat übrigens keineswegs vergessen, zum Schutze derjenigen Personen, welche mit A.-Gs. Rechtsgeschäfte abschließen und dadurch geschädigt werden, daß bei deren Gründung Normativvorschriften verletzt worden sind, eine gesetzliche Bestimmung zu treffen. Diese Bestimmung ist in Art. 671 enthalten, wo denselben Schadenersatzansprüche gegen diejenigen zugesichert werden, welche die Nichtbeachtung der *Normativvorschriften der Gründung wissentlich verschuldet haben.* Es sind dies folgende Fälle:

1. wenn sie wissentlich unwahre Angaben in Prospekten oder Zirkularen gemacht oder verbreitet haben (Ziff. 1);
2. wenn sie wissentlich dabei mitgewirkt haben, daß eine Einlage oder die Uebernahme von Vermögensstücken oder eine Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen entgegen der Bestimmung des Art. 619, Abs. 1 in den Statuten verschwiegen oder verschleiert worden ist (Ziff. 2);
3. wenn sie wissentlich dazu beigetragen haben, daß die Eintragung der A.-G. im Handelsregister auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde vorgenommen worden ist, welche tatsächlich unwahre Angaben enthält (Ziff. 3).

Desgleichen haftet nach Art. 672 jeder, der bei der Ausgabe von Aktien und Obligationen *nach der Gründung* tätig war, den einzelnen Aktionären oder Obligationären für Schadenersatz (41 f.), wenn er wissentlich unwahre Angaben in Prospekten oder Zirkularen gemacht oder verbreitet hat.

[3]) *Schneider und Fick*, Art. 623, No. 3, *Fischer*, S. 142 f.

## § 22.

## DIE NORMATIVVORSCHRIFTEN BEI KAPITAL-ERHÖHUNGEN.

Es wurde eingangs erwähnt, daß auch Kapitalerhöhungsbeschlüsse ins System der Normativvorschriften einbezogen wurden. Schon die ursprüngliche Fassung des Art. 626 (vor der Ergänzung durch die Novelle 1919) sah für den Kapitalerhöhungsbeschluß die Form der öffentlichen Urkunde vor, alternativ mit der Unterzeichnung der Urkunde durch sämtliche zustimmenden Teilnehmer an der Beschlußfassung, ferner Eintrag in das Handelsregister und Wirksamwerden mit dem Eintrag.

*Die Novelle 1919 verschärfte diese Bestimmungen, indem sie die Normativvorschriften, die sie für die konstituierende GV. aufgestellt hat (Art. 618, Abs. 3—6) auch auf die Kapitalerhöhungsbeschlüsse ausdehnt und überdies ein öffentliches Ausgebot der jungen Aktien dem Prospektzwang unterstellt.*

Für die Kapitalserhöhung sind zwei Wege denkbar: *Erhöhung des bisherigen Nominalbetrages der Aktien* oder *Ausgabe neuer Aktien* (Erhöhung der Aktienzahl). Der erstere Weg ist nach Art. 614, 633 nicht gangbar. Eine Aenderung des Nominalbetrages der Aktien wird durch Art. 614 verboten, sofern dadurch zugleich das Grundkapital verändert werden soll. Ueberdies ist nach Art. 633 der Aktionär nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft mehr beizutragen, als den für die Aktie statutengemäß festgesetzten Betrag. Es bleibt somit nur die Kapitalserhöhung durch weitere Emission möglich.

Schon durch die alte Fassung des Art. 626 (vor der Novelle 1919) wird im Abs. 2 zum Ausdruck gebracht, daß für die Eintragung der Kapitalserhöhung die gleichen Voraussetzungen zu erfüllen sind wie für die Eintragung der Gründung. Die Kapitalserhöhung wird darnach als eine Art *Nachgründung* behandelt. Die Novelle

1919 hat diese Angleichung in allen ihren Konsequenzen durch Ausgestaltung der Normativvorschriften durchgeführt.

So unterscheidet sie vor allem auch bei der Kapitalserhöhung durch Ausgabe junger Aktien, ob die Zeichnung der jungen Aktien auf die alten Aktionäre beschränkt bleibt (analog der Simultangründung) oder ob die jungen Aktien öffentlich ausgeboten werden (analog der Sukzessivgründung). Im letzteren Falle statuiert sie Prospektzwang, selbst wenn die neuen Aktien zunächst von den alten Aktionären übernommen werden, um erst nachträglich öffentlich zur Zeichnung aufgelegt zu werden (Art. 626, letzter Abs.).

Was nun den *Prospekt* anbetrifft, so ist er von der *Verwaltung* zu unterzeichnen (Art. 626, Abs. 4). Die Verwaltung tritt hier an die Stelle der Gründer. Sie ist für den Inhalt des Prospektes und seine Angaben verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit wird durch die Unterzeichnung des Prospektes fixiert. Ist in den Statuten bestimmt, daß zur Vertretung der Gesellschaft die Unterschrift einzelner Mitglieder genügt (Art. 651 OR.), so hat es dabei sein Bewenden [1]).

Der *Inhalt* des Prospektes ist noch differenzierter als bei der Gründung. Außer dem gesetzlich notwendigen Inhalt der Statuten (Art. 626, Ziff. 2 und Art. 616) ist noch das *Datum der Registereintragung* (Ziff. 1) und die *Zusammensetzung der Verwaltung und Kontrollstelle* anzugeben, also die personale Besetzung dieser Stellen, sowie die Zusammensetzung etwaiger von der Verwaltung eingesetzter anderer Revisionsorgane (Ziff. 3). An Stelle der Subscriptionsbedingungen ist der *Kapitalserhöhungsbeschluß* selber in extenso anzuführen und zwar über die Höhe des Gesamtbetrages, Zahl, Nummern, Betrag und Eigenschaft der neuen Aktien, Beginn und etwaige Beschränkung der Dividendenberechtigung, sowie allfällige Vorzugsrechte der alten oder der neuen Aktien (Ziff. 8). Ferner ist der Zeitpunkt anzugeben, bis zu welchem die Zeichnung verbindlich ist, Zeichnungs- und Einzahlungsstellen, Emissionskurs und der bis zur GV. einzuzahlende Betrag (Ziff. 9).

---

[1]) Rekursentscheid des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 23. Juli 1921, Geschäftsbericht des Bundesrates 1921, S. 333.

An Stelle der Grundlagen, nach denen der voraussichtliche Erfolg des Unternehmens beurteilt wird, sind hier die positiven Angaben über die bisherigen Erfolgsmerkmale zu setzen und zwar:

a) die zwei letzten Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen mit dem Befund der Kontrollstelle (Ziff. 4);
b) die auf das Grundkapital in den letzten fünf Jahren oder seit der Gründung gezahlten Dividenden (Ziff. 5);
c) Angaben der Verwaltung über den Geschäftsgang seit dem letzten Bilanzabschluß;
d) Angaben über die von der Gesellschaft ausgegebenen Obligationsanleihen.

*Die normativrechtlich vorgeschriebene Prozedur bei der Kapitalserhöhung ist im Sinne dieser Vorschriften und des Kreisschreibens des eidg. Justiz- und Polizeidepartements an die kantonalen Aufsichtsbehörden vom 4. April 1923*[2]) *folgende:*

1. Zunächst hat eine GV. den Wortlaut der neuen Statutenbestimmung über den Betrag des erhöhten Kapitals und seine Einteilung festzusetzen. Für diesen Beschluß ist die Mitwirkung einer Urkundsperson und die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde obligatorisch. Die Anordnungen für die Ausführung des Kapitalserhöhungsbeschlusses trifft auf Grund dieses Generalversammlungsbeschlusses die Verwaltung (der Verwaltungsrat, die Direktion usw.). Ihre Sache ist somit die Abfassung und Unterzeichnung des Prospektes, insoweit nicht die Zeichnung auf die alten Aktionäre beschränkt bleibt, die Veröffentlichung der Einladungen zur Zeichnung, die Sorge um die Vollzeichnung der ganzen Emission und um die Einzahlung von 20 % der gezeichneten Beträge. Die GV. kann der Verwaltung für das Vorgehen insofern freie Hand lassen, als sie ermächtigt werden kann, den für die Durchführung der Erhöhung günstigsten Zeitpunkt zu wählen und die Subscriptionsbedingungen festzusetzen.

2. Nach Durchführung der Erhöhung muß eine neue GV. einberufen werden, zu welcher neben den alten Aktionären die neuen Zeichner einzuberufen sind. Auch dieser GV. hat eine Urkundsperson beizuwohnen und eine öffentliche Urkunde über sie aufzunehmen. Diese GV. hat die Konstatierungsbeschlüsse über die Voll-

[2]) BBl. 1923, Bd. 1, S. 787.

zeichnung und Einzahlung zu fassen. Die von der ersten GV. beschlossene Statutenänderung hat von der zweiten GV., an der die neuen Zeichner teilnehmen, genehmigt zu werden. Daraufhin hat die Verwaltung die revidierte Statutenbestimmung zum Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung ist beizufügen (analog Art. 618 und 622):

a) die öffentliche Urkunde über beide GV., denen der unterzeichnete Prospekt und die abgeänderten Statuten beizufügen sind (Art. 618, letzter Abs.);
b) die Bescheinigung, daß der gesamte Betrag der Kapitalserhöhungen durch Unterschriften gedeckt ist;
c) die Bescheinigung, daß mindestens 20 % des von jedem Aktionär gezeichneten Betrages wirklich eingezahlt sind (Art. 622, Ziff. 1 und 2).

Mit der Eintragung tritt die revidierte Statutenbestimmung in Kraft (Art. 626, Abs. 3).

Allerdings gibt es auch eine Möglichkeit, die Umständlichkeit und die Kosten zweier GV. zu vermeiden. Dies kann dadurch erreicht werden, daß schon in den ursprünglichen oder nachträglich revidierten Statuten die Erhöhung des Grundkapitals auf einen bestimmten Betrag vorgesehen und der Verwaltung die Befugnis erteilt wird, in einem Male oder sukzessive die Erhöhung durchzuführen. In diesem Falle muß nur eine GV. einberufen werden, und zwar nach Zeichnung und Einzahlung der neuen Aktien, damit sie die Konstatierungsbeschlüsse über Zeichnung und Einzahlung faßt und im Wege der Statutenrevision den nunmehrigen Betrag des Aktienkapitals festsetzt. Erst auf Grund dieser Festsetzung kann die Anmeldung zum Handelsregister erfolgen.

Das erwähnte Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements bezeichnet mit Recht die Auffassung als unrichtig, eine Statutenänderung müsse in diesem Falle nicht vorgenommen werden, weil die Erhöhung im Rahmen des statutarisch festgesetzten Höchstbetrages erfolgt sei. Nach dem Gesetz muß nämlich der tatsächliche Betrag des Kapitals in den Statuten bestimmt sein.